

הדין, האמת, השלום והפשרה על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה

מנחם אלון

אקדמות מילין ♦ א. מבוא ♦ ב. אמת ומשפט 1. משפט אמת והיפוש האמת
2. שקילת הראיות 3. אמת משפטית ואמת עובדתית 4. חזקות ופיקציות משפטיות
5. חסינות 6. עדות בן זוג וקרובים מסוימים 7. עקרון "קבילות הראיות" 8. המועד
להחלטה השיפוטית – מניעת עינוי הדין 9. כוחה המחייב של הפסיקה השיפוטית
10. "אמיתות משפטיות" שונות בתוך תוכי המערכת המשפטית 11. פסיקה שיפוטית
וועדת הקירה 12. "דין אמת לאמתו" 13. תנורו של עכנאי – אמת עיונית ואמת הלכתית
14. בהתנגשות בין חקר האמת ובין טובת הקטין, גוברת טובת הקטין – זוהי האמת
המשפטית 15. פסיקה נועזת של בית-דין רבני – לפי האמת המשפטית גם כאשר היא
עומדת בסחירה מוחלטת לאמת העובדתית – למען טובת הקטין ♦ ג. שלום ומשפט
1. השלום – עקרון-על 2. תפקידו הכפול של מרכיב השלום 3. דיני משפחה 4. דיני
נויקין 5. רפואה ומשפט; העיקרון הפסיקתי של "דרכיה דרכי נועם" 6. משפט ציבורי
7. התקנת תקנות משום "דרכי שלום" ו"מניעת איבה" 8. עקרון השלום בחוק יסודות
המשפט, התש"ם-1980 9. השלום וזכות היסוד של כבוד האדם – פסק-דין ♦
ד. הפשרה והמשפט 1. פשרה מרצון הצדדים 2. פשרה המוטלת על-ידי בית המשפט על
כורחם של הצדדים ♦ ה. סיכומי של עיון 1. שיקולי האיוון במערכות משפטיות שונות
2. המציאות החברתית כגורם בדרכי האיוון 3. פלוראליזם שיפוטי – "ריבוי השלום"
4. הרמוניה חברתית והרמוניה תרבותית

אקדמות מילין

במאמר זה מבקש אני לדון במספר עקרונות שהמה ממאפייניה ומקובעי דמותה ומהותה של
המערכת המשפטית, המשליכים את אורם ואת צלם על המערכת החברתית. עקרונות אלה
אינם חדים וחד-משמעיים; להפך – הם גמישים; דר-משמעיים ואף תלת-משמעיים. הדין
ייקוב את ההר – תרתי משמע, אך הפשרה בונה את ההר ושומרת עליו. לא תמיד ראוי

* המחבר הוא המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס), פרופסור למשפטים.
** חלקים מן המאמר יסודם בהרצאה שנשא המחבר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת ניו-יורק ביום
השנה הראשון לרצח ראש הממשלה, יצחק רבין ז"ל. הרצאה זו פורסמה לאחרונה בכתב-העת:
New York University Journal of International Law and Politics, p. 439, 29. עיקרו של
החלק הראשון של המאמר – אמת ומשפט – יסודו בהרצאה של המחבר באוניברסיטה העברית באמצע
שנות השמונים ביום הזיכרון לשר המשפטים, ד"ר פנחס רוזן ז"ל. אני מודה למערכת "מחקרי משפט"
ולעורכיה על הערותיהם וערכוניהם המועילים והחשובים.

מנחם אלון

להעמיד את הדברים על הדין. יש, ודלפנים משורת הדין – ממנו תבוא הישועה. האמת בלבד אינה בת השיפוט; הדין צריך שידון דין אמת לאמתו, לפי המקום, הזמן והעניין. ולא פעם, כאשר מדובר בפגיעה בערכי יסוד של היחיד ושל החברה, האמת המשפטית תיקבע שלא על-פי גילוי האמת העובדתית, וזו האחרונה תסוג מפני הראשונה. אין הדין יכול ואינו מסוגל לדון לפי אמת אובייקטיבית מוחלטת; יכול הוא להשתדל, אך כבשר ודם לא יעלה הדבר בידו במאת האחוזים. השלום צריך שיהיה נר המאיר ומכוון את פסיקותיו; השלום ולא השלמות. השלמות היא ממזר והלאה; השלמות אינה נחלתו של שופט כבשר ודם. קיומה של מערכת משפטית ושיפוטית דיונית היא; בלעדיהם – איש את רעהו חיים בלעו. אך עלינו להיות מודעים לקוצר ידה של הנזערכת השיפוטית ולמגבלותיה, מרצון ושלא מרצון. אשר על כל אלה – אמירות כגון אלה. שהמשפט שואף לשלמות, שמלוא כל הארץ משפט וכיצא באלה – מוטעות ומטעות הן. המשפט שואף, וצריך לשאוף, לשלום ולא לשלמות, לפשרה ולא לסערה.

כל נדבר גבוהה גבוהה על המשפט הכל יכול, משל המשפט הוא כביכול אמונה, דת, ששום דבר אינו נעלם ממנו, ששום דבר הוא מחוץ לתחומו ולהישג ידו. לא הכול שפיט, ולא הכול שופט. אכן חברה אינה יכולה להתקיים ללא שלטון המשפט; אך חברה צריכה להתקיים ללא שלטון השופט. הזהירות והאיפוק, הענווה וראיית הנולד הם המה התכונות הדרושות לשיפוט נכון ונבון, לשיפוט בינה ויוצר, לאיזון ראוי ונכון בין הערכים השונים של החברה, שיש והם נוגדים זה את זה. הנתרון הראוי היא הפשרה, ופסיקת דין אמת לאמתו, "לפי המקום, העניין והזמן". המציאות החברתית, הצורך באיחוי הקרעים, צריך שיכוונו את מלאכת השיפוט והפסיקה, ובעולמו של המשפט העברי אף יש – כאשר המציאות מחייבת זאת – שביית המשפט כופה על הפשרה.

מאמרנו, כפי ששמו מעיד עליו, הן הוא במערכת המשפט ובעולמה של החברה, ובהשפעה המכרעת ובעולת הגומלין שבין שניהם. קשר בל יינתק זה בא לכלל ביטוי מרשים בניסוח דבריו של נשיא ישראל ונשיא הסנהדרין, שבהם נפתח מאמרנו, שהעולם – החברה – עומד על שלושה עקרונות יסוד של המשפט והשיפוט, שכאים הם לכלל מימוש בארבעה – הדין, האמת, השלום והפשרה. קשר זה מקבל ביטוי מיוחד נוסף באמרה גדולה אחרת באשר לעמודים שעליהם העולם עומד, שנאמרה על-ידי אחד משיירי אנשי הכנסת הגדולה במציאות חברתית שונה, כארבע מאות שנים לפני כן, ונדון בה לקראת סיום מאמרנו. חשיבות מיוחדת נועדה לעיון בארבעה עמודים-יסודות אלה בחברתנו כיום, המשוסעת בשסע תרבותי וחברתי עמוק ומדאיג, שלא יחוו דרושים הדין, האמת, השלום והפשרה על-פי התוכן והמשמעות שבדברים שבפנינו, ולדיפוי דרושה הרמוניה תרבותית וחברתית שעדיפה היא על הרמוניה נורמטיבית.

א. מבוא

כך שנינו¹ "רבן שמעון בן גמליאל אומר: על שלושה דברים העולם עומד [נוסח אחר: קיים] על הדין, ועל האמת ועל השלום, שנאמר 'אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם'²."

1 משנה, אבות א, יח. 2 זכריה, ח, טז.

הדין, האמת, השלום והפשרה

לפי פשוטם של דברי הנביא זכריה מדובר בשלושה מרכיבי יסוד – הדין, האמת והשלום – במערכת השיפוט שבעשיית המשפט; "שפטו בשעריכם" הוא מקום השיפוט, המתקיים בשערי העיר.³ אך רבן שמעון בן גמליאל, נשיא ישראל ונשיא הסנהדרין, הרחיב את חשיבותם ומשמעותם של שלושה יסודות אלה מעבר לכך; לא רק המערכת המשפטית, אלא התברה כולה, העולם, עומדים על שלושה עמודים אלה. בדברי רבן שמעון בן גמליאל מובאים שלושה עקרונות, על-פי שלושת העקרונות המובאים בדבריו של הנביא זכריה. אין הפשרה נזכרת בנפרד, משום שהיא חלק מהותי מהשלום, ולא רק מהשלום אלא, כפי שנראה להלן, גם מהדין ומהאמת. ובשל חשיבותה של הפשרה, נתייחס לה מאז ומעולם מקום מיוחד במערכת המשפט העברי, וכיום גם במערכת המשפטית הכללית, ובעמודי החברה. כנגד ארבעה יסודות אלה נדבר להלן, במקומם במערכת המשפט ובעולמה של חברה.

התהייה הגדולה שתהו חכמים – ותהייה זו משותפת לכל מערכת משפטית שהיא – האם אכן עולים הדין, האמת והשלום בקנה אחד? יש שאמרו שאמנם כן הוא, שכאשר נעשה דין, נעשתה האמת ונעשה השלום.⁴ אך יש שתמהו, וכי כל מקום שיש דין, יש אמת? ויתרה מזו – וכי כל מקום שיש דין ויש אמת – יש שלום? ואכן, יש מבין החכמים הסוברים שהדין הנעשה בידי האדם אין בו כדי להבטיח השגת האמת והשלום; ואיזהו הדין שיש בו משום אמת ומשום שלום? הווי אומר הביצוע, היינו הפשרה, שהסכימו בעלי הדין לפשרה שהוטלה ביניהם, שאזי השלום שורר ביניהם וכל אחד מהם בא ואמתו בידו. לעומתם, לדעתם של חכמים אחרים, מעשה הפשרה הוא דבר שאין ראוי לעשותו; התכלית הרצויה אינה באה לכלל הגשמה אלא מתוך פסיקת הדין, כאשר פסיקה זו היא אמת לאמתה, ומתוך כך נעשה השלום.⁵

תהייה זו בדבר טיבם של ארבעה מרכיבים אלה שבמלאכת השיפוט – הדין, האמת, השלום והפשרה – ואפשרות קיומה של סתירה שבין מרכיב אחד לרעהו – ימיה כימי פשוט השופטים, ומטרידה היא מקדמת דנא את אמת תודעתו ושלום רוחו של השופט בעשותו במלאכת השפיטה. הלבטים שהתלבטו בהם חכמים במציאותם ובטיבם של ארבעה אלה קיימים ועומדים הם מעצם מהותה של המערכת המשפטית ומעצם טיבה של מלאכת השיפוט.

נעיין קמעה בטיבם של דברים, וראש לכול ביחס שבין הדין ובין האמת.

ב. אמת ומשפט

1. משפט אמת וחיפוש האמת

מזן המפורסמות שאינן צריכות ראייה, כי תפקידו של השופט היושב על מדין, שאיפתו, מטרתו וחובתו, לרונן דין אמת.

3 דברים, טז, יח; רות, ד, א ובהמשך הפרק.

4 ירושלמי, תענית, פרק ד, הלכה ב.

5 ראה: תוספתא סנהדרין, א, ג; סנהדרין, ו, ב; מכילתא דרשב"י (מהדורת אפשטיין-מלמד), שמות, עמ' 133-134; על טיבה ומהותה של הפשרה ראה להלן, פרק ד.

מנחם אלון

הדבר הוא כנראה מובן כל-כך, עד שאין לכך רמז וזכר בדבר חקיקה ולא עלה בידי לגלות בחוק מן החוקים מונח כגון "משפט אמת", "דין אמת" וכיוצא באלה, ככל הקשור לתפקיד השופט ולמהות המשפט. המונח "אמת" מובא, בדרך-כלל, בקשר לטיב העדות ולמהותה, אם לעניין הערכת אותות האמת שברב"ר העדים,⁶ נוסח אזהרתם ושכונתם,⁷ ואם בעניין עדות שקר, הדחה בחקירה והדחה בעדות;⁸ וכן מצויה טענת "אמת דברתי" שעניינה בדברים שנאמרו או הוצגו.⁹ שופט בישראל, נהיכנסו לתפקידו, מתחייב לשמור אמונים למדינה ולחוקיה – "לשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים".¹⁰ ומה על משפט אמת? המונחים "שופט אמת" ו"משפט אמת", ביטוי שגור הוא בפיהם של הנביאים ובדברי הכתובים;¹¹ במקורות התנאיים, שבהם בא השימוש במונח דין כמקום משפט, מדובר על דין אמת.¹² מאלפת מאוד מטבע לשון שטבעו חכמים, ככל הנראה מתקופת האמוראים ואילך,¹³ והוא הביטוי "דין אמת לאמתו". הדין שדן דין אמת לאמתו שותף הוא לקדושי-ברוך הוא במעשה בראשית,¹⁴ נושרה הוא שכינה בישראל,¹⁵ ועוד כמה וכמה מעלות שמנו חכמים במלאכת שיפוטו של השופט.¹⁶ ועל טיבו ומשמעותו של ביטוי זה עוד נעמוד להלן.¹⁷

ואף זו מן המפורסמות הוא, שמשימה זו של חיפוש האמת אינה מיוחדת למלאכת השיפוט דווקא, אלא משותפת היא לנלל תחומי העיון האנושיים. לעניין חקרה של אמת עיונית זו, אמרנו במקום אחר:

ודומה כי "אמת" מקובלת היא זו, שהגדרת המושג "אמת" וקביעתם של מבחני האמת בכל תחום מתחומי החשיבה והעשייה האנושית, קשות הן כקריעת ים סוף. כמה

- 6 סעיף 53 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971.
- 7 חוק לתיקון דיני הראיות (אזהרת עדים וביטול שבועה), התש"ם-1980, סעיפים 2, 5.
- 8 חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים 237, 245, 246, 248.
- 9 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, סעיף 14.
- 10 חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 6.
- 11 ישעיה, מב, ג: "...לאמת יוציא משפט"; חזקאל, יח, ח: "משפט אמת יעשה בין איש לאיש"; זכריה, ז, ט: "משפט אמת ישפוטו"; שם, ח, טז: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם"; משלי, כט, יד: "מלך שופט באמת דלים, כסאו לעד יכון".
- 12 משנה, סנהדרין ו, ו: "...שדין אמת דנתם"; שם, ג, טז: "והדין דין אמת"; מכילתא בשלח, ב, ו (מהדורת הורוביץ, עמ' 112): "אלא דן הכל באמת והכל בדין"; תוספתא סנהדרין, יד, א: "שדין אמת דנתם".
- 13 שבת, י, א; עירובין, נד, ב; מגילה, טו, ב; חגיגה, יד, א; בבא בתרא, ח, ב; סנהדרין, ז, א; שם, קיא, ב. וכן ראה: סנהדרין, כג, א, וברש"י הגורס – יצא דין אמת לאמתו; וראה דקדוקי סופרים שם. אמנם במשנה, פאה ת, ט, מובא: דין אמת לאמתו, אך ככל הנראה, תוספת היא זו למשנה, והנוסח אינו מתיישב עם האמור במשנה; וראה: ח' אלבק, השלמות, שם; ועוד מצוי "דין אמת לאמתו" במכילתא, יתרו, א, כ (עמ' 196, מהדורת הורוביץ), אך ייתכן ואף זו העברה מאוחרת יותר. והדבר צריך עיון; בבבא בתרא, ח, ב, נאמר ב"מתניזא תנא", אך אין בכך כדי להוכיח אלא שכרייתא היא, ואולי מתחילת תקופת האמוראים.
- 14 שבת, י, א.
- 15 סנהדרין, ז, א.
- 16 מגילה, טו, ב.
- 17 ראה טקסט להערה 95.

הדין, האמת, השלום והפשרה

יגיעות יגעו בכך וכמה מחשבות חשבו ועלו בלבם של הוגים ומלומדים ועדיין לא עלתה בידם; ואולי אין היא ניתנת כל עיקר להשגה בתפיסתם של בני אנוש, וידיעתה אינה אלא נחלת "עולם האמת".¹⁸

לכאורה, שפר עליהם חלקם של אנשי המשפט, חכמיו ושופטיו, שהאמת שאותה מצווים הם לגלות ולחפש – לא בשמים היא, ולא במופלא ובנעלם מהם היא מצויה. האמת המשפטית, כדברי משורר התהלים – "מארץ תצמח",¹⁹ וכלליה ודיניה רשומים הם על ספר, ופרוסים וידועים הם לעיני כול. ומאחר שכך, יכול ולכאורה אמת אחת ויחידה היא, האמת העובדתית שהשופט מגיע אליה לאחר שהוא בוחן אותה ובדקה, בשבע חקירות ובדיקות,²⁰ והאמת המשפטית, שהשופט מיישם, לאחר בירור ודין, על האמת העובדתית שעלתה בידו ובעיונו.

אך כגורלן של אמיתות רבות אחרות שבעולם החשיבה והעשייה האנושיים, כך גורלה של האמת בעולמה של מערכת המשפט.

ומשמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת המשפט, אין כוונתנו אלא לבירור האמת, במידה שניתן להגיע לחקרה על-פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדורליים שבאותה מערכת משפט, שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי.²¹

נסביר, בקצירת האומר, טיבם של דברים.

2. שקילת הראיות

תפקידה הראשוני, וללא ספק החשוב ביותר, של מלאכת השיפוט הוא שקילת הראיות המצויות בפני בית המשפט, וקביעת האמת העובדתית העולה מהן. לעניין זה, קביעת מהימנותם של העדים היא החשובה והקשה מכולם. קביעה זו נעשית, "על-פי התנהגותם של העדים, נסיבות העניין ואותות האמת המתגלים במשך המשפט",²² ולא פעם מופתים דרושים לו לשופט, כדי שיעמוד על אותות אלה, המתגבשים לכלל התהליך "השכלי והנפשי בו מעריך השופט את ערך העדויות שניתנו בפניו".²³ אך יש ויש ואתה תוהה ומהרהר. היטב הגדיר זאת השופט פרנקפורטר:

Judges are also human, and we know better than did our forbears how powerful is the pull of the unconscious, and how treacherous the rational process.²⁴

18 בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו (4) 449, בעמ' 465.

19 תהלים, פה, יב.

20 דברים, יג, טו: "ודרשת וחקרת ושאלת היטב, והנה אמת נכון הדבר"; רמב"ם, הלכות עדות, פרק א הלכה ד ואילך.

21 בג"ץ 152/82, לעיל הערה 18, עמ' 465.

22 סעיף 53 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971.

23 ע"א 91/51 מודד נ' ביק, פ"ד ה 798, וראה שם, עמ' 796.

24 Pennecamp v. Florida (1946) 66 S. CA. 1029, 1042 (15)

מנחם אלון

אך הליך שכלי זה הוא המירב שניזון לצפות משיפוטו של שופט בשר ודם. ועל כגון דא כבר אמרו חכמים: "אין לו לדיין אלא מה שעניו ראות";²⁵ והמאירי, מפרשניו המובהקים של התלמוד, מוסיף ואומר: "ודברים אלה אין לדיין בהם אלא מה שיראה בעיניו, ובאזניו ישמע, ולבבו יבין".²⁶

3. אמת משפטית ואמת עובדתית

זאת ועוד, והוא העיקר:

האמת העובדתית לא תמיד מוכרחה היא לעלות בקנה אחד עם האמת המשפטית. שתי אמיתות אלה יחסיות הן ולא תמיד זהות הן, ולא זו בלבד אלא אף אין הן צרות זו לזו. שהרי יודעת היא מערכת המשפט, ומודע הוא השופט, כי נקודת המוצא, דרכי בירור מהותן של נורמות וכללי ההכרעה בעולם המשפט ומלאכת השיפוט שונים הם מאלה שבחקר העובדתי-ההיסטורי, ומתוך כך יודעים 'מודעים הם, כי יש שמסקנות ו"אמיתות" שונות יעלו בידי כל אחד מהם.²⁷

דנתי בכך בפסיקה ובמקומות נוספים ונעיין קמעה בכך.

אומר המלומד Salmond:

המשפט אינו מהסס לומר, כאשר יש צורך בכך, כי מציאותם של דברים כך וכך הוא, בין אם הוא באמת ובין אם לאו. המשפט הוא התיאוריה של הדברים, כפי שנתקבלו וכפי שפועלים על-פיהם בכתי המשפט, ותיאוריה זו יכול שתהא תואמת, ויכול שלא תהא תואמת, את המציאות האמיתית שמחוץ למערכת המשפט. עינו של המשפט אינה רואה, ללא משגה, את הדברים כמות שהם. במקצת כתוצאה מזהירות מכוונת ובמקצת כתוצאה ממשגים ומתאונות של התפתחות היסטורית – משפט ועובדות, תיאוריה משפטית ואמיתם של דברים, יכולים לאכזב מבחינת התיאום המלא ביניהם. תמיד שומה עלינו להבחין בין מה שקיים במציאות ובאמת לבין מה שקיים במשפט... מכוכה זו שבין המשפט והמציאות יכול שתמצא את ביטוייה ביותר מדרך אחת.²⁸

4. חזקות ופיקציות משפטיות

דרכים שונות אלה מודגמות בהמשכם של דברי Salmond. הוא מציין, בין היתר, לחזקות המשפטיות למיניהן, כגון החזקה, המניחה דבר מותו של אדם, שנעדר במשך תקופה מסוימת, כשבמשך תקופה זו לא הגיעה כל ידיעה בקשר אליו. מובן שקביעת החזקה עצמה, וכן אורך התקופה, הם שרירותיים, ואין הם מתיימרים לקבוע אמת עובדתית-היסטורית. אך המערכת המשפטית קובעת אותה מטעמים של סבירות, נוחות הבירור המשפטי ויעילותו.²⁹

25 סנהדרין, ו, ב.

26 בית הבחירה, כתובות נא, ב; והשווה: ישעיה, ו, י, ומלכים א, ג, ט.

27 בג"ץ 152/82, לעיל הערה 18, עמ' 466.

28 J. Salmond *On Jurisprudence* (P.J. Fitzgerald (ed.), London, 12th ed., 1966), p. 72-73

בג"ץ 152/82, שם.

29 ראה: R. Cross *On Evidence* (London, 5th ed., 1979) 125

הדין, האמת, השלום והפשרה

וכן הוא לעניין פיקציות משפטיות שונות, שכל מערכת משפטית זרועה בהן, הן בתחום האזרחי והן בתחום המשפט הפלילי, ואשר בחלקן – "החוק מחייב את השופט לראות את היש באספקלריית המציאות המלאכותית, המוכתבת לו על-ידי המחוקק".³⁰ הבה נאזין לדבריו הבוטים של Austin על הפיקציות המשפטיות ויהסן של פיקציות אלה לאמת:

They commonly consisted in feigning or assuming that, "something which obviously was, was not; or that something which obviously was not, was". It is ridiculous to suppose that such fictions could deceive, or were intended to deceive. Nay, the very writers who reproach the Praetors with their artes, laugh at the grossness of the so-called lies, with which (as they imagine) the Praetors accomplished their unholy purposes.³¹

וגם אליבא דאותם חכמי משפט, שדעתם פחות מזלזלת בכבודן של הפיקציות המשפטיות, הרי אין בדבריהם אלא כדי להצדיק, במידה זו או אחרת, את הצורך בקיומן של הפיקציות במערכת המשפטית, אך אין בכך כדי לשנות מהעובדה שפיקציות אלו יוצרות מציאות מלאכותית, מכוח פיהם של המחוקק והרשות השיפוטית, שלעתים קרובות אין בינה ובין המציאות "המציאותית", הממשית, ולא כלום.³²

5. חסיונות

לא פעם מונע בית המשפט עצמו במודע מלהגיע לחקר האמת העובדתית מטעמים של מדיניות משפטית, כאשר השמירה על ערכים-אינטרסים מסוימים עדיפה וחשובה בעיני המערכת המשפטית מגילוי האמת העובדתית.

הדוגמה הקלאסית להימנעות מקביעת האמת העובדתית היא פרשת הראיות החסויות. החוק קובע שורה שלמה של חסיונות, שיש מהן שאדם אינו חייב למסור אותן לבית המשפט

30 ע"פ 172/68 *המטפרסט נ' היוה"מ*, פ"ד כב (2) 3, בעמ' 8, מדברי השופט זילברג. וראה: ד"נ 8/68 *המטפרסט נ' היוה"מ*, פ"ד כב (2) 536, דברי השופט לנדוי, בעמ' 541: "מעיקרו של דבר אינו הולם השימוש בפיקציות את רוח דיני העונשין החייבים לדבר אל האזרח שפה ברורה, מציאותית ולא מלאכותית. הרגשת הצדק סולדת מזה שאדם יורשע בפלילים על-פי עובדה שלא הוכחה אלא בדמיונו ובמצוותו של המחוקק"; סלידה זו לא מנעה את בית המשפט מלהרשיע את בעל הדין.

31 J. Austin *Lectures on Jurisprudence*, vol. II (London, 1873), p. 624. וראה שם, עמ' 630, הדוגמה בעניין הפיקציה שהבעל והאשה הם אישיות משפטית אחת. ראה בעניין זה להלן הערה 147.

32 בעניין השימוש בפיקציות, ראה עוד: R. Pound *Jurisprudence* (St. Paul Minn., 1959), vol. 3, p. 454, 449-467, והדוגמאות המובאות על-ידו; וכן ראה: R.W.M. Dias *Jurisprudence* (London, 5th ed., 1985), p. 318-319, אשר, בין היתר, מציין גם מספר נימוקים בזכות מדיניות השימוש בפיקציות. על המוזרות שבפיקציות, נולדו והתאזרחו גם פניני לשון למיניהן. ראה: Dias, שם, תוך לימוד זכות על פיקציות מוזרות, אומר: "Even the old rule that a wife was deemed to have committed a crime under her husband's compulsion was not originally introduced in order to deceive any one, although the absurdity of it did wring from Mr. Bumble the comment 'If the law says that, the law is a ass'"

מנחם אלון

ויש מהן שבית המשפט אף אינו רשאי לקבלן, ויש מהן שבית המשפט יכול להחליט לגביהן כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שלא לגלותה, ויש מהן שאף שיקול-דעת זה נמנע מבית המשפט. ובכל אלה הנימוק לכך הוא – טעמים שבהגנה על אינטרסים או על ערכים שהמחוקק או בתי המשפט חפצים ביקרם. נזכיר חסיונות אלה בקצירת האומר. אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל, ראיה שהגורמים המוסמכים הביעו דעתם כי מסירתה עלולה לפגוע בביטחון המדינה או ביחסי החוץ של המדינה, אלא אם מצא שופט בית המשפט העליון כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש, שלא לגלותה.³³ כמו-כן אין אדם חייב למסור ראיה שיש בה כדי להפילן.³⁴ הוראה אחרונה זו, אין נימוקה משום שאין אדם נאמן להפיל את עצמו בהודאתו, כפי שכך הוא המצב במשפט העברי, במקורו, ש"אדם קרוג: אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע";³⁵ לפי החוק, אם מותר הוא על חסיונו ומודה מרצונו, ניתן להרשיעו על-פי הודאתו. נימוקים שונים ניתנו לחיסיון זה, אם משום זכרן הנורא של שיטות חקירה אינקוויזיטוריות שמערכות משפט שונות נהגו בהן בעבר, ואם כדי לעודד בני אדם לתת עדות ולמנוע התחמקות מלהעיד מתוך החשש שמא יישאל שאלות שעלולו להפילן, ואם מתוך נימוקים אחרים כיוצא באלה.³⁶ חסיונות נוספים באים להגן על סודיות התקשוריות בין בני אדם, המבוססות על יחסי אמון שתוכנן לא יתגלה, כאשר הסודיות זונית לשמירה מלאה ומשביעת רצון של הקשר שבין מוסר המידע למקבלו, והחברה מטוניינת לטפח ולעודד קשר זה.³⁷ על סוג זה נמנים התקשרות בין עורך-דין ללקוחו, ובין רופא ופסיכולוג-מומחה לחולה ולמי שנוקק לשירותיו של הפסיכולוג, אלא אם כן ויתרו הלקוח והחולה על החיסיון.³⁸ בשני חסיונות אלה הנימוק הוא לאפשר ללקוח ולחולה לגלות את כל אשר עם לבו ואת פרטי מצבו הגופני והנפשי – כדי שהעורך-דין והרופא יהיו מצוידים בכל המידע הדרוש לצורך הטיפול המשפטי והרפואי, מבלי שהלקוח והחולה יחששו שמידע זה יגיע לידיעתם של אחרים, שלא ברצונם ובטובתם. במקרה הסודיות שבין רופא לחולה שמורה לבית המשפט הרשות להחליט כי הצורך לגלות את הראיה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש שלא לגלותה; אין רשות זו נתונה לבית המשפט – מטעמים שקשה להבינם – בעניין הסודיות שבין עורך-דין ללקוחו.³⁹ חיסיון דומה מצוי בחוק בקשר לווידוי שנמסר לפני כהן דת, ולעניין זה אין הסכמתו של המתוודה מועילה, כאשר החיסיון הוא של כהן הדת, וכן אין בידי בית המשפט הרשות להורות על גילוי

33 סעיף 44 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971. וראה גם החיסיון לראיות שגילויין עלול לפגוע בעניין ציבורי חשוב בסעיף 45, שם.

34 שם, סעיף 47.

35 יבמות, כה, ב; רמב"ם, סנהדרין, יח, ו. במשך הזמן אפשר גם המשפט העברי, שאדם יורשע בפלילים על-פי הודאתו, ובלבד שמצויות בנוסף על הודאתו "קצת אמתלאות", היינו ראיות מסוימות נוספות, בבחינת "דבר מה" חזק לביצוע העבירה עלי-ידו. ראה: שו"ת הריב"ש, סימן רלד; ובמפורט ראה על כך: ע"פ 641/79 נגד זאח"ג מ"י, פ"ד לו (1) 113, בעמ' 163 ואילך, בעמ' 167-168.

36 ראה: א' הרנון דיני ראיות (תשל"ז, כ"ך ב), עמ' 88 ואילך, עמ' 93-95.

37 שם, עמ' 96 ואילך.

38 פקודת הראיות, סעיפים 48-50.

39 שם, סעיף 48; וראה: הרנון, לעיל הערה 36, עמ' 104-105.

הדין, האמת, השלום והפשרה

הראיה לשם עשיית צדק.⁴⁰ לפי פסיקת בית המשפט העליון, מצוי חיסיון דומה בידי עיתונאי, שלא לגלות את מקורות המידע שלו.⁴¹

הכלל העולה מהחסינות האמורים, כי בעיני המערכת המשפטית עדיפה השמירה על אינטרסים מסוימים, שהיא חפצה ביקרם ובטיפוחם, על פני גילוי האמת העובדתית שהיא תנאי קודם ויסוד מוסד לקביעת האמת המשפטית. כפי שראינו, בחסינות מסוימים אף אין לבית המשפט שיקול-דעת להחליט שגילוי הראיה עדיף למען עשיית הצדק; אך גם כאשר מסור בידו שיקול-דעת כזה, אין פירושו אלא שבית המשפט שוקל במקרה המסוים שלפניו את עשיית הצדק שבגילוי האמת לעומת שמירת הסודיות ואי גילוי האמת, וגם במקרה זה אין גילוי האמת העובדתית אלא אחד מהשיקולים – ולא השיקול היחיד והקובע – בקביעת האמת המשפטית שבהכרעה השיפוטית; ומשהחליט בית המשפט להעדיף את האינטרס של שמירת הסודיות, הרי פסק-הדין שניתן על-ידו בפרשה שלפניו הוא אמנם בבחינת אמת משפטית, אך אמת משפטית זו יכול והיא עומדת בסתירה גמורה לאמת העובדתית. המדובר בשורה של חסינות המקיפים מקרים לא מעטים המופיעים לברור בפניו בתי המשפט, ועוד היד נטויה להוסיף עליהם חסינות לצורות התקשורת דומות נוספות, כגון היחסים שבין עובדים סוציאליים לאלה הנהנים משירותיהם, וכיוצא באלה.⁴²

6. עדות בן זוג וקרובים מסוימים

תופעה דומה של הימנעות בית המשפט מגילוי העובדות קשורה בסוגיית פסלות עדותם של בן זוג וקרובים מסוימים נוספים נגד בני זוגם וקרוביהם האמורים, פרט לעניין עבירות מסוימות.⁴³ ואף כאן אין הנימוק בגלל חוסר נאמנות של קרובים אלה – שהרי זוהי שאלה של הערכת מהימנות העד ולא פסלות עדותו – ועל כל פנים, נימוק זה יפה ומחאים היה, בעיקר, כדי שלא להאמין לעדות הנמסרת לטובת בן הזוג, ולא כאשר היא מכוונת לרעתו. הנימוק המקובל⁴⁴ להוראה הפוסלת עדות של בן הזוג והקרובים אלו נגד אלו הוא שמתן

40 שם, סעיף 51.

41 ב"ש 368, 298/86 ציטרין ואח' נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא (2) 337; וראה עוד: ע"א 1354/92 היוה"מ נ' פלונית, פ"ד מח (1) 711, בעמ' 747 (להלן: פרשת פלונית); וראה גם: דוח הוועדה לבריקת נושא החיסיון העיתונאי בישראל, שהוגש למשרד המשפטים בדצמבר 1994. בראש הוועדה עמד ד"ר א' מעוז. לפי המלצותיה ראוי לתח חיסיון לעיתונאי (עמ' 21). לדעת רוב חברי הוועדה, על חיסיון זה להיות יחסי וכן עליו להיות קבוע בחוק (עמ' 23-24).

42 פקודת הראיות סעיף 50א.

43 סעיפים 3-5 לפקודת הראיות.

44 במשפט האנגלי הנימוק היה בגלל "האחידות המשפטית" שבין הבעל ואשתו: "By Marriage, the husband and wife are one person in Law", וזאת מכוח ועל-פי האמור בבראשית, ב, כד: "על כן יעזב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לכשר אחד". נימוק תמוה זה לא הוכר מעולם במשפט העברי, ומעולם לא הוסקה מסקנה כזו מהאמור בפסוק שלעיל. וכן נדחה "רעיון" זה כפסיקתו של בית המשפט העליון. ראה: ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרונ'י, פ"ד טו 682, בעמ' 694-695. וראה דיון מפורט בקשר לכך אצל מ' אלון *המשפט העברי* (מהדורה שלישית, תשמ"ח) (להלן: המשפט העברי), עמ' 517, הערה 37, ולהלן הערה 147.

עדויות כאלה עלול להפריע לשלום הבית ולשלמות התא המשפחתי.⁴⁵ לפי הצעת חוק הראיות החדש בוטלה ההוראה בדבר פסלות עדותם של בני הזוג והקרובים האמורים, ובמקומה באה הוראה של חיסיון לעדותם, היינו שאין עליהם תובה להעיד נגדם אך רשאים לעשות כן.⁴⁶ שינוי זה סביר ונשלעצמו, אך עדיין אנו למדים כי המחוקק מורה על אפשרות מתן פסק-דין, היינו קביעת אמת משפטית, גם כאשר ייתכן שאין אמת זו תואמת את האמת העובדתית, שהמחוקק מחייב או מאפשר שלא לגלותה, וכל זאת, מטעמים של שלום בית, ולא שלום בית סתם, אלא שלום ביתו של עבריין שהעדות מכוונת נגדו, שאף הוא עדיף בעיני המערכת המשפטית על פני גילוי האמת העובדתית.⁴⁷

7. עקרון "קבילות הראיות"

אחד הביטויים הבוטים לקיומה של סתירה מוחלטת בין האמת העובדתית ובין האמת המשפטית מצוי הוא במקרים שבהם מורה המערכת המשפטית שהאמת המשפטית תיקבע בניגוד לאמת העובדתית, אף-על-פי שאינה מוטלת בספק ומונחת היא גלויה וחשופה לפנינו. כוונתי למקרים הקשורים בבעיית קבילותן של ראיות שהושגו בדרך בלתי חוקית. מקרים אלה יש בהם כדי לשמש דוגמה קלאסית כי האמת המשפטית נקבעת מתוך ועל-פי שקלול ערכים שונים – כגון כבוד האדם וזכותו לשלמות הגוף והנפש, חינוך הגורמים המוסמכים לכיבוד זכות האדם לשלמות גופו ונפשו, והדאגה לשלום הציבור וביטחונו – כאשר האמת העובדתית אינה אלא אחד השיקולים, ולעתים קרובות אין זה השיקול המכריע, בקביעת המדיניות המשפטית שעל-פיה נקבעת האמת המשפטית.

מקרים אלה קשורים בנושא כלל הפסלות – exclusionary rule – על כל הסתעפויותיו, סייגיו ותוצאותיו. עיקרון זה, על השלכותיו, נידון רבות בשיטות משפטיות שונות, דנו בו חוקרים והוגי משפט, וכן מרובה בו הדיון והפסיקה במערכת המשפט שלנו. ולאחרונה חזרה

45 על נימוק זה נאמר כי הוא "קלוש במקצת", משום שאם בן הזוג מוכן להעיד נגד בן זוגו משמע, שלום הבית הופר כבר בלאו הכי; ראה: ע"פ 95/50 אריכא נ' היוה"מ, פ"ד ה' 1200, בעמ' 1203. אך עדיין יש מקום לבעל דין לטעון כי נכונות להעיד נגד בן הזוג אינה דומה למסירת העדות בפועל, כי בכך הפכה הפרת שלום בית לעובדה שאין לתקנו; בנקל; וראה: הרנון, לעיל הערה 36, עמ' 118-119, וכן ראה: ע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד כ"ט (3) 529, 624.

46 סעיפים 10 ו-47 להצעת חוק הראיות, חשמ"א-1981 הפרקליט לר' 137; ראה גם הצעת חוק הראיות, תשי"ג-1952, סעיף 15, ודברי ההסבר שם הדומים להצעה משנת 1981; ראה עוד: סעיפים 10 ו-49 להצעת חוק הראיות, חשמ"ה-1985 משפטים טו 3. להתלפת כשרות בחיסיון בדין האמריקני, ראה: C.T. McCormic McCormic on Evidence (J.W. Strong (ed.), St. Paul Minn., 4th ed., 1992), p. 305.

47 מתוך עיוני בנושא זה עתה עלה בפניי סעיף בהצעת חוק הראיות משנת תשי"ג-1952, מטעם משרד המשפטים, ובו נאמר כי בית המשפט רשאי להסיק כל מסקנה הנראית לו מכל שימוש בזכות הניתנת לבעלי חסיונות שונים שלא להעיד (סעיף 104). מטרתו של סעיף זה היא לאפשר לבית המשפט – ובשופט מדובר ולא בהכרח מושבעים – להתרשם מניצול החיסיון כי העד מעלים משהו, או שמצפונו אינו נקי וכיוצא בזה "מאותות האמת". משום מה נפל סעיף זה ושוב לא בא וזכרו, אף לא בהצעת חוק ראיות חסיונות משנת תשי"ח. יכולני לנחש את הנימוקים שהביאו להיעדרות זו; אך אני כשלעצמי – מבלי להעלות עליו את חמתם של קפדני פרוצדורה – רואה הייתי בעין יפה הוראה מעין זו, שיש בה כדי לקרבנו, במידת מה, לגילוי האמת העובדתית, מבלי לפגוע בעצם המטרות שלשמן נועד החיסיון.

ונידונה פרשה זו לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁴⁸ נעמוד להלן, בקצירת האומר, על אותן בחינות שבנושא זה, הקשורות במישרין לענייננו.

כידוע, פותח כלל הפסלות בצורתו המרחיקה לכת ביותר במערכת המשפט האמריקני, ולפיו כל ראייה שהושגה בדרך בלתי הוגנת, במישרין או בעקיפין, בלתי קבילה⁴⁹ היא, בתור פרי מ"הפירות הבאושים של העץ המורעל"⁵⁰ (The fruits of the poisonous tree theory). אי הקבילות חלה לא רק לעניין הודאות הנאשם שהושגו על-ידי חוקרי המשטרה בדרך של אלימות פיזית ונפשית למיניהם, אלא גם לעניין ראיות חפציות, כגון תפיסת סמים, שהושגו כתוצאה מעריכת חיפוש בלתי חוקי או מתפיסת חפצים בלתי חוקית, ואף לעניין ראיות שהמרחק בינן ובין "העץ המורעל" הוא גדול בהרבה. הנימוק שביסוד גישה זו הוא לתנך את חוקרי המשטרה להימנע ממעשי אלימות והתעללות ופגיעה בהוראות החוק על-ידי פסילה מרחיקת לכת של הראיות שהושגו בדרך נלוזה זו. כאן נקבעת אפוא האמת המשפטית, היינו זיכוי הנאשם בדין, מתוך שיקולים של מדיניות משפטית לשמירת כבוד האדם וזכויותיו, תוך התעלמות מהאמת העובדתית, שאינה מוטלת בספק, כגון במקרה של מציאת הסם כתוצאה מחיפוש בלתי חוקי, שאשמתו של הנאשם אינה מוטלת בספק; והביטוי הספרותי-המשפטי לעיקרון זה – פירות העץ המורעל – משל הוא: השופט שבגן עדן, נאסר עליו לאכול מפרי עץ החקירה, ולא ידע להבחין בין טוב לרע, בין אמת לשקר. באנגליה, ובמדינות רבות אחרות, ההלכה הנקוטה היא, שראיה שאין להטיל ספק כמהימנותה מבחינה אובייקטיבית, קבילה היא אף אם הושגה באמצעים בלתי חוקיים, אך לבית המשפט נמסר שיקול-דעת לפסול את קבילותה במקרים מסוימים; ומסתבר, שלאחרונה ניכרים אף בארצות-הברית סימני נסיגה מעמדתה מרחיקת הלכת.⁵¹

במערכת המשפט בישראל מצויות בסוגיה זו הוראות מסוימות בעניין קבילותה של הודאת הנאשם,⁵² שקבילותה תלויה ברצון החופשי או בהתנדבותו של הנחקר למסירת ההודאה. כמרכן מצויות בחוק שתי הוראות פסילה בנושאים הכאים: האחת – בעניין האזנת סתר שלא כדין, שלפיו פסולה ראייה שהושגה על-ידי האזנת סתר שלא כדין;⁵³ החוק תוקן ב-1995, ועתה קבילות הראיה תלויה – כאשר מדובר בהליך פלילי בשל פשע שעונשו שבע שנות מאסר ויותר – בהחלטת בית המשפט, אם הצורך בראיה להשגת צדק עדיף על הצורך להגן על הפרטיות; והאחרת – בעניין פגיעה אחרת בפרטיות, ולפיה פסלותה של ראייה שנגבתה על-ידי פגיעה זו אינה מוחלטת אלא קבילותה נתונה לשיקול-דעת בית המשפט, לפי

48 ראה: מ' אלון "חוקי-היסוד, עיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג (1) (חשנ"ו-1996) (להלן: סוגיות במשפט הפלילי), עמ' 27, בעמ' 79-86.

49 יצוין כי לפי דעתו של McCormick, לעיל הערה 46, כך I, בעמ' 671, מדובר ב-Privilege (חסינות) ולא ב-Competency (קבילות).

50 ראה: McCormick (כרך I, עמ' 269), הקובע שכלל הפסלות אינו בא להשיג את האמת, כי אם: "are regarded as of sufficient social importance to justify some sacrifice of availability of evidence relevant to the administration of justice", וכן ראה: שם, בעמ' 671, 720.

51 ראה: בג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לו (2) 393, והיביליוגרפיה הנרחבת המצוטטת.

52 סעיף 12 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971.

53 סעיף 13(1) לחוק האזנת סתר, התשל"ט-1979.

מנחם אלון

הנסיבות והמקרה.⁵⁴ שתי הוראות אלה הן חריגים לכלל העקרוני, שאין לפסול ראייה אך ורק בגלל האמצעים שנקטו להשגתה, גם כאשר אמצעים אלה פוגעים בצורה קיצונית בכבוד האדם ובצנעת הפרט. כלל עקרוני זה מקורו בפסיקתו של בית המשפט.⁵⁵

(א) הודאה שהושגה באמצעים בלתי חוקיים

מכחינת נושא עיוננו מאלפים הם הדיון והנימוקים שניתנו בפסיקתו של בית המשפט העליון בחילוקי הדעות בדבר קבילותה של הודאה – במשפט פלילי – שתחילת השגתה באונס וסופה ניתנה ברצון, ותוכנה מהימן על בית המשפט, אך הושגה, כאמור, באמצעים פסולים. מן הראוי שנעיין בנימוקים הניתנים לכל אלה משתי הגישות.⁵⁶ לדעת הנשיא לנדוי, הודאה שנגבחה מפי הנאשם תוך שימוש במעשי אלימות ואמצעי חקירה פסולים, פסולה היא ואינה קבילה, גם אם אין אנו מטילים ספק בתוכנה ובמהימנותה. ואלה דבריו:

ועדיין נוטה אני לדעה שפסילת הודאה שנתקבלה באמצעי לחץ של אלימות פיסית או פסיכולוגית יעילה יותר מהסנקציה הפלילית נגד השוטר שחוטא, ובודאי היא יעילה יותר מן הסנקציה המשמעית המופעלת כמערכת המשטרית פנימה ולא לנגד עיני הציבור. הדעת נותנת שחוקר הכותר בשיטות של אלימות כדי להוציא הודאה כפויה מפי הנחקר יחדל מזה, אם יווכח לדעת שלשווא הפעיל שיטות כאלה מפני שבית המשפט ידחה הודאה כזאת על הסף במשפט זוטא... אבל העיקר איננו ביעילותה או בחוסר יעילותה של הסנקציה החינוכית שכדחיית הודאה פסולה על הסף. אינני רואה קשר הגיוני בין הצורך להעמיד לדין שוטרים החוטאים בשימוש באלימות ובין קבילותה או דחייתה של ההודאה שהושגה באמצעים פסולים. הרי אפשר להעמיד את השוטר לדין ויחד עם זאת גם לפסול את ההודאה. ההגנה על זכותו של האזרח – של כל אזרח וגם של האזרח החשוד בביצוע עבירה פלילית – שלא ליפול קרבן למעשי אלימות משטרית ולפגיעה בכבוד האדם בעת חקירתו, או בלשון הנשיא ב' כהן בעניינו כאן, השמירה על שלימות הגוף והנפש של הנחקר – היא העיקר בעיני... אינני גורס שאפשר להוציא מכלל הדיון על חופשיותה של הודאה את שקילת העובדה שהנחקר הוכה, אם הוכה. רק הפעלה קיצונית של מבחן המהימנות יכולה להצדיק זאת. אבל בדרך זו נגיע עד מהרה למסקנה שכל התעללות וכל עינוי של הנחקר מותרים, כל עוד משתכנע בית המשפט מקריאת ההודאה שהיא הודאת אמת. ושמה התעללות ועינויים יכולים באמת לשמש לפעמים אמצעים יעילים כדי להוציא הודאת אמת מפי הנחקר? אמננו כן סברו אבות האינקוויזיציה. אבל השקפה זו פותחת פתח רחב להפרה של ערכי היסוד המושרשים עמוקות בשיטת המשפט שלנו, של שמירה על גופו של אדם בפני תקיפה שלא כחוק ושמירה על כבודו של אדם שלא יושפל. היא גם נוגדת תכלית ניגוד את עצם לשון סעיף 12 לפקודת הראיות. אכן,

54 סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

55 ראה לעיל הערה 51; ד"צ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין, פ"ד מב (3) 837.

56 ע"פ 183/78, 191/79 אבו מידג'ים ואח' נ' מ"י, פ"ד לד (4) 533.

הדין, האמת, השלום והפשרה

הרצון הטוב והחופשיות האמורים שם פורשו פירוש משפטי של מניעת אמצעי חקירה פסולים, ולא דווקא כפשוטן של מלים אלה. אבל הודאה שנתקבלה תוך הכאת הנחקר והודאה שניתנה מרצונו הטוב של הנחקר עדיין נראים לי תרתי דסתרי.⁵⁷

עינינו הקוראות. הנימוקים לאי-קבילותה של ההודאה, היינו לדחייתה על הסף, נימוקים של שיקולים ערכיים שבמדיניות משפטית הם: המטרה בדבר חינוכם של חוקרים שלא ינקטו אמצעים פסולים אם ייווכחו לדעת שההודאה המתקבלת כתוצאה מכך אינה קבילה, וההגנה על זכותו של האזרח שלא ליפול קרבן למעשי אלימות ולפגיעה בכבודו; שיקולים אלה עדיפים על השיקול של מהימנות ההודאה, ואשר על כן, אין ההודאה קבילה אף אם היא מהימנה ותוכנה תואם את האמת העובדתית.

חולק עליו השופט חיים כהן, ואליבא דידה הודיה שניתנה מרצון, ולו גם לאחר התעללות בנאשם, קבילה היא, ורשאי בית המשפט לסמוך עליה אם תוכנה של ההודאה מהימן עליו. וכה מנמק הוא את דעתו:

חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, רואה בערעורים אלה הזדמנות נאותה לחזור על עמדתו הידועה היטב משכבר הימים, שכל התעללות בנחקר מצד חוקריו פוסלת את הודיתו מלהתקבל כראיה: ההתעללות הפיסית או הנפשית, דיה לשלול מאת המודה את חופש רצונו. לעומתו דגלתי אני תמיד בדעה שאין החוק פוסל אלא הודיה שניתנה שלא מרצון למעט הודיה שניתנה מרצון ולו גם לאחר התעללות. להלכה נטושה המחלוקת בינינו (ואין צריך לומר שמחלוקת לשם שמיים היא) אך על פרשנות החוק, הוא סעיף 12 לפקודת הראיות; אבל למעשה מתלבטים אנו זה בכה וזה בכה, בשאלת המדיניות השיפוטית הראויה לבית המשפט זה לנקוט. מחד גיסא, חובתנו היא להגן על כבוד האדם שלא ייפגע בידי המתעללים בו ולעשות ככל אשר לאל ידינו לרסן את חוקרי המשטרה מלהשיג מטרת חקירתם באמצעים פסולים ונפשעים; מאידך גיסא, חובתנו היא להילחם בפשיעה ההולכת וגוברת והורסת כל חלקה טובה במדינה זו, ולמנוע הפקרת שלום הציבור לתעלוליהם של פושעים אלימים אך באשר הוכו בידי חוקרי המשטרה. דומני כי המחלוקת בינינו אינה אלא על עדיפויות: לסברת חברי הנכבד עדיפה ההגנה על כבוד האדם וזכויותיו היסודיות, ואילו לדידי עדיפה ההגנה על שלום הציבור.⁵⁸

נימוקו של השופט כהן אף הוא מעוגן בשאלת המדיניות המשפטית הראויה שעל בית המשפט לנקוט; לדעתו, עדיף השיקול של הגנה על שלום הציבור על-ידי הרשעת הנאשם על-סמך ההודאה אשר תוכנה מהימן עלינו, מאשר השיקולים של ההגנה על כבוד האדם וריסון חוקרי המשטרה מלהשיג את מטרת חקירתם באמצעים פסולים ונלוזים.⁵⁹

57 שם, עמ' 538-539.

58 שם, עמ' 546.

59 בהמשך דבריו (שם) מוסיף השופט כהן כי "גוברים בי לאחרונה, עם ריבוי מקרי התעללות המשטרתית, הספקות החמורים, שמא אותה הגנה על שלום הציבור אף במחיר המכות המשטרתיות, מן המותרות היא שאין אנו יכולים עוד להרשות לעצמנו... ואולם אין אני רואה צורך לומר הפעם את מילתי

מנחם אלון

בדין ודברים זה אין זכר, או כמעט שאין זכר, לשיקול אחד מהותי ויסודי שלכאורה צריך היה להיות שיקול השיקולים, והיא – חוכמתו הראשונית של בית המשפט לדון דין אמת; שהרי אם מהימנותה של ההודאה אינה שנויה במחלוקת, ותוכנה אמת הוא אליבא דכולי עלמא, האם אין באמת עובדתית זו כשלעצמה כדי להביא לכך שההכרעה השיפוטית תוכרע על-פיה, ועל-פיה בלבד? אמור מעתה, האמת המשפטית שבהכרעה השיפוטית נקבעת על-פי שיקול ערכים שונים, כשהערך של האמת העובדתית אינו אלא אחד מהם, ולעתים לאו דווקא החשוב שבהם. לפי הדעה שסוברת שהודאה שהושגה כתוצאה ממעשי אלימות היא קבילה, ובית המשפט יסתמך עליה אם מהימנה היא עליו, עולה האמת העובדתית בקנה אחד עם האמת המשפטית שבהכרעה השיפוטית; אך לשיטה הסוברת שהודאה שהושגה בעקבות מעשי אלימות אינה קבילה, אף אם מהימנה היא בתוכנה, עומדת האמת המשפטית שבהכרעה השיפוטית – היינו זיכוי הגאשם – בניגוד מוחלט לאמת העובדתית הנובעת מההודאה.

אל נכון מסכם Ashworth את דיונו המקיף בשאלה עקרונית זו בדבר קבילותה של הודאה שהושגה באמצעים פסולים, אף אם תוכנה מהימן על בית המשפט:

אין שיטה של עשיית צדק בפלילים, המעריכה את האמת מעל לכל שיקול אחר... מערכת משפטית צריכה להגיע לכלל החלטה, שיסודה במדיניות של פשרה, בדבר קו תחום מוסכם, המבדיל בין אמצעים מותרים או אסורים, בדרך כלל באמצעות מדיניות של פשרה.⁶⁰

(ב) ראייה אובייקטיבית שהושגה באמצעים בלתי חוקיים

סתירה זו שבין האמת העובדתית ובין האמת המשפטית בהכרעה השיפוטית, ייתכן ומוקהית היא במקצת כאשר מדובר בעניין הודאתו של אדם שהושגה הימנו על-ידי אלימות, איום או פיתוי. שהרי מקום יש לומר, ותמיד קיים החשש, שמא ההתעללות והאימים שקדמו לגביית ההודאה השפיעו גם על תוכנה ועל אמינותה של ההודאה, או כפי שנאמר באחד מפסקי-הדין "שהחוק מניח הנחה שאינה ניתנת לסתירה שהודאה כזאת אינה הודאת אמת".⁶¹ לא כן הדבר כאשר מדובר בראייה שהיא אובייקטיבית במהותה מבחינת הוכחת האשמה, ואשר הושגה בדרכי כפייה או בדרך בלתי חוקית אחרת. כפי שאמרנו, אין המערכת המשפטית בישראל מכירה בעקרון הפסילה, וראייה כזו כשורה היא לכוא בקהל הראיות הקבילות.

הסופית לעניין זה, מאחר שלרגל העובדות שבאותו מקרה, נקבע על דעת כל ההרכב, שיש לדחות את הערעורים.

60 A.J. Ashworth "Excluding Evidence as protecting Rights" (1977) *Criminal Law Review* 723, p. 732-733; וראה עוד ע"פ 168,115/82 מועדי נ' מ"י, פ"ד לח (1) 197, 261-259; פרשת פלזנית, לעיל הערה 41, בעמ' 747-744.

61 ע"פ 347/75 הירש נ' מ"י, פ"ד ל (3) 197, בעמ' 200, מפי השופט לנדוי, וראה שם, באותו עמוד, "הרי שאין ההודאה ראויה לבוא במניין הראיות הכשרות, יהיה תכנה אשר יהיה"; וראה דברי הנשיא יצחק כהן, בע"פ 467/69 טקסון נ' מ"י, פ"ד (1) 95, בעמ' 103-104, שמבקש לקרב את שתי הגישות בכיוון שונה והפוך, שגם לדעת השופט נהן "די אם בכוח ולא דווקא בפועל היה באמצעי פסול זה כדי להביא לידי הודאת שקר".

כאמור לעיל, פסיקה זו נקבעה בפסק-דין של בית המשפט העליון בפרשת *ועקנין*,⁶² שבה מדובר באסיר שלגביו התעורר חשד שבלע מספר חבילות סמים מסוכנים שהוברחו לבית-הסוהר והסתירן בתוך גופו. האסיר הסכים לשתות מי מלח, מאחר שלא היה, ככל הנראה, מודע לפעולתם החריפה, וכתוצאה מכך יצאה מקרבו חבילת סמים אחת. משראה כך, סירב האסיר להמשיך בשתיית מי המלח, אך הוא הושקה על כורחו, ובשל שתייה זו נפלטו שתי חבילות סמים נוספות מגופו. האסיר הורשע בבית-הדין הצבאי בעבירה של החזקת סם מסוכן, וזאת גם על-פי שתי החבילות שנפלטו מגופו בעקבות השקייתו במי מלח שלא לרצונו. השאלה המרכזית שעמדה בפני בית המשפט הגבוה לצדק היתה, אם הראיה שבשתי חבילות סם אלה היא קבילה, לאור הוראות סעיף 32 לחוק הגנת הפרטיות, הפוסל קבילותה של ראיה שהושגה תוך פגיעה בפרטיות. גדרה של השאלה היה, אם מעשה זה של השקיית אדם מי מלח בכוח כלול הוא כמונח "הטרדה אחרת" המופיע ברשימת הדברים המוגדרים בחוק כפגיעה בפרטיות. לדעת הרוב – ארבעה מתוך חמשת השופטים שישבו לדין – לרגל ההיסטוריה החקיקתית וניסוחו של חוק הגנת הפרטיות, אין המעשה כלול בהטרדה אחרת, ולכן חל בעניינו הכלל שאין לפסול ראיה, שאין ספק בנכונותה, אף-על-פי שהושגה בדרכים לא חוקיות, ואין הוראת חוק מפורשת הפוסלת קבילותה של ראיה שהושגה בדרך זו.⁶³ עם קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך נראה לי, יש בנסיבות המקרה שבפרשת *ועקנין* משום פגיעה חמורה בכבוד האדם ובצנעת הפרט, בניגוד להוראות מפורשות בסעיפים 2, 7(א) ו-7(ג) וסעיף 8 של חוק-היסוד האמור, שצריכים להתפרש על-פי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁶⁴ "יש בחיפוש כאמור משום פגיעה חמורה בכבוד האדם וצנעתו, בכבוד הבריות, ובכלל הגדול בעולמה של יהדות כי גדול כבוד הבריות שדוחה לא תעשה שבתורה ומכל שכן שגדול כבוד הבריות שדוחה קבילותה של ראיה שהושגה בדרך פגיעה מעין זו שבכבוד האדם וצנעתו".⁶⁵ "המדניניות של פשרה", כהגדרתו של Ashworth לעיל, מחייבת, לפי ההוראות המפורשות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עקב הפגיעה החמורה בכבוד האדם וצנעתו, שהאמת המשפטית תגבר על האמת העובדתית.

8. המועד להחלטה השיפוטית – מניעת עינוי הדין

בין חקר האמת שבעשייה השיפוטית לחקר האמת בעיון מדעי והיסטורי קיים שוני מהותי נוסף – המועד המוקצב לכל אחד מהם. הבירור המשפטי של העובדות השנויות במחלוקת מוגבל הוא לזמן קבוע, הוא מועד קיום המשפט ועריכתו, והאמת העובדתית נקבעת, באופן סופי, על-פי הראיות שהובאו לידיעת בית המשפט באותו מקום ובאותה שעה, וזאת גם כאשר נראה לו לבית המשפט, וחש הוא, כי הראיות אינן מושלמות ואינן משביעות רצון. אומר על כך Wigmore:

62 ראה לעיל הערה 55.

63 ראה על כך לאחרונה: מ' אלון, סוגיות במשפט הפלילי, לעיל הערה 48, עמ' 79-82.

64 ראה: שם, עמ' 82-86.

65 שם, עמ' 83.

מנחם אלון

בירור משפטי של עובדות השנויות במחלוקת צריך שייערך בזמן ובמקום קבועים, וההחלטה צריך שתתקבל אז, אחוז ולתמיד. הדרישה הזאת, שאינה קיימת בבית היוצר המדעי, מביאה את בית המשפט לתוצאה בלתי נמנעת, שעליו לדחות סוגים מסוימים של ראיות ולהסתמך במידה רבה על סוגים אחרים, ונזקק הוא לכללים מיוחדים כמלאכת אומנותו, השונים מאשו במחקר מדעי... הצורך במתן החלטה מידית, המוטל ברוב המקרים על בית המשפט, יש בו משום הבחנה חשובה בין ראייה שיפוטית ולבר-שיפוטית. משמתעוררת שאלה המוטלת בספק, הרי אדם פרטי יכול להשעות את החלטתו ואת הפעולה שבעקבותיה כמעט ללא הגבלה של זמן, עד אשר תהא בידו מידה מספיקה של ראיות, שיש בה כדי להצדיק שיפעל על-פיה; לא כן הערכאה השיפוטית, אשר מחובתה לעשות מעשה, הרי אומר – להחליט מיד...⁶⁶

וכל כך למה? על שום, כהמשך דברי Wigmore:

הן התובע והן הנתבע מצויים לפני בית המשפט, וטעמים של טובת הפרט ושל טובת הציבור דורשים מבית המשפט מתן החלטה לכאן או לכאן.

שיקולים של טובת הפרט ושל טובת הציבור מחייבים סיומם של הליכים המתנהלים בבית המשפט, תוך זמן סביר, ושיקולים אלה עדיפים ומועדפים על-ידי המערכת המשפטית על האפשרות, שבגלל הזמן הקצוב לבירור המשפטי, לא תצא האמת העובדתית כולה לאור. ייתכן אפוא – והמערכת המשפטית מודעת לכך ומסכימה לכך – כי האמת שבמסקנה משפטית אינה תואמת את האמת העובדתית הנובעת ממכלול כל הראיות, מסקנה שהחוקר המדעי נמנע היה מלקבוע בטרם היו בידו הראיות העובדתיות כולן.

דרך-אגב, מן הראוי לציין כי לפי המשפט העברי, כאשר ניתן פסק-דין על-פי חומר הראיות שהיה לפני בית-הדין בשעת הבירור המשפטי, ולאחר מתן פסק-הדין בא אחד הצדדים והביא ראיות חדשות – בטל פסק-הדין ויש לברר את העניין מחדש. מבחינה מעשית, כדי להתגבר על המכשול שנגרם על-ידי כך לחיי המשפט והכלכלה התובעים קץ לדיונים, נתגבשו במשך הזמן סייגים שונים, שקיבלו בעלי הדין עליהם – סייגים שחלו בדרך-כלל באופן אוטומטי – שהבטיחו סיום לדיונים וקבלת פסק-הדין כמכריע וקובע את הזכויות שבין הצדדים; אך מבחינה עיונית אין פסק-הדין במשפט העברי מוחלט וסופי – בדומה ל-*res judicata* של המשפט הרומי – כל עוד לא נתמצתה האמת עד תומה.⁶⁷

66 J.H. Wigmore *The Science of Judicial Proof* (2nd ed., 1931), p. 955-958

67 ראה: סנהדרין, לא, א; רמב"ם, הלכות סוהרין, ז, ו-ח; שו"ע חו"מ, כ; וראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 801-800. במערכת המשפט הכללית קיימת אפשרות, במקרים מועטים ובנסיבות מסוימות, לבקש משפט חוזר; אך בנוסף על כך שדין חוזר אפשרי במקרים מועטים ביותר ובנסיבות מיוחדות, הרי במשפט העברי מציאת ראיות חדשות מבטלת מעצמה את חוקף פסק-הדין, ללא בקשה ומתן רשות למשפט חוזר.

הדין, האמת, השלום והפשרה

9. כוחה המחייב של הפסיקה השיפוטית

ומכאן להיבט נוסף בסוגיית "האמת" שבמערכת המשפטית. אמנם כן, משתדלת היא המערכת המשפטית להתאים, ככל האפשר, את עקרונותיה לאמת שבמציאות, והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מרבית לבירורה של האמת העובדתית. אך מבחינת עצם מהותה של המערכת המשפטית, אף אם קורה שבמקרה מסוים טעות עובדתית בידה, ואף אם הטעות ברורה וגלויה על פניה, עדיין הכרעתה של הרשות השיפוטית בבחינת "אמת" משפטית היא. והוא הדין וכך הוא הדבר, כאשר ברור שפסק-דינה של הרשות המשפטית יסודו בטעות משפטית, אף אם הטעות גלויה היא על פניה, הכרעתה של זו בבחינת "אמת" משפטית היא. וגדול כוחה של זו – מבחינת הכרת תוקפה על-ידי מערכת המשפט ומבחינת כוחה המחייב – אף מן "האמת" המדעית העולה בידי איש מדע, מבחינת תוקפה של זו בעולמו שלו: שזו הראשונה, ההכרעה השיפוטית, תקפה ומחייבת היא, אף אם ברור שבטעות יסודה, כל עוד לא שונתה כדין במסגרת המערכת המשפטית, אם בדרך הערעור ואם על-ידי שינוי בחוק; ולעומתה זו האחרונה, "האמת" המדעית, משנתגלחה טעותה, בטלה היא מאליה, והיתה כלא היתה.

ביטוי נאה לכך מצאנו בדבריו של המלומד Gray:

ניתן לומר כי מצויים נימוקים, שיסודם בדאגה לרווחתו המרבית של הגזע האנושי, על שום מה החוק יהא כך או אחרת, ואחד מתפקידי וחובותיו של השופט הוא לרדת לעומקם של נימוקים אלה; שהשופט הוא בבחינת חוקר כשם שהיה, בתחומו שלו, סיר אייזיק ניוטון, ויכול הוא לשגות, כשם שניוטון שגה. ובכל זאת האמת יוצאת לאור, במידה מרובה, על-ידי. אולם ההבדל בין השופטים לסיר אייזיק הוא, ששגיאה הנעשית על-ידי סיר אייזיק בחישוב מסלול הארץ, לא תגרום לסחרורו מסביב לשמש בתאוצה מוגברת; תשובתו לבעיה תהא פשוט מוטעית. שעה שהשופטים, כאשר חוקרים הם את הנימוקים, שעליהם מבוסס החוק, באים לתוצאה מוטעית, ומפרסמים עיקרון, שהוא מביך אמיתות נצחיות, הרי הוא עדיין בבחינת הוראה משפטית. כוכב הלכת יכול בשקט להתעלם מסיר אייזיק ניוטון, אבל תושביו של כוכב זה צריכים לציית לעקרונות הרעים והבלתי מוסריים שבתי המשפט התיימרו לקבוע, ואם לאו – יימסרו לידי של השריף.⁶⁸

10. "אמיתות משפטיות" שונות בתוך תוכי המערכת המשפטית

ועדיין לא תמו בכך מציאותן של אמיתות יחסיות שונות, זו לצדה של זו, בתוך אותה מערכת משפטית עצמה. יש שהמערכת המשפטית מכירה ב"אמיתות משפטיות" שונות בעניין אותו מעשה גופו, כאשר שונים הם דיני הראיות, דרכי הדיון ומגמת הבירור המשפטי. אשר על כן פסק-דין חלוט של זיכוי במשפט פלילי, המהווה סוף פסוק לגבי אחריותו הפלילית של מי שזכה בדינו, אין בו כדי למנוע בירור עניינו מחדש, בהליכי משפט אחרים, לעניין אחריותו האזרחית או המשמעית, וייתכן גם ייתכן, כי לעניין אחריות זו יקבע בית המשפט ממצאים

68 J.E. Gray *The Nature and Sources of the Law* (Boston, 2nd ed., 1962), p. 101, וראה עוד שם, למטה מן העניין.

מנחם אלון

אחרים ושונים מאלה שנקבעו לעניין אחריותו הפלילית. דרכי הבירור ומידת ההוכחות הדרושה שונים הם לעניין כל אחד מזוגי האחריות האלה, ומשום כך, קביעת "האמת המשפטית" שונה ומיוחדת היא לעניין כל אחד מהם, הכול לפי היעד – פלילי, אזרחי או משמעתי – העומד לפני השופט היושב על מדין.⁶⁹ הכלל הוא כי "אין מניעות על-ידי מעשה בית-דין, אלא כאשר בית המשפט או ביהמ"ד, שלפניו מתנהל הדיון השני, נוהג על-פי דיני ראיות הדומים בעיקרם לאלה הנוהגים בדיון הראשון".⁷⁰ וכך הוא לא רק כאשר קיים שוני בדיני הראיות הנוהגים בפני שתי הערכאות השיפוטיות, אלא "גם כאשר קיימים הבדלים יסודיים בדרכי הדיון בין הדיון הראשון והדיון השני, הבדלים אשר עלולים לגרום אי צדק לבעל דין, שהפלוגתה הוכרעה לרעתו בדיון הראשון".⁷¹

בהקשר לכך לא היא למותר להזכיר את פרשת מלציאנו,⁷² שבה הורשע נהג במשפט פלילי על נהיגה רשלנית, וערעורו על הורשעה נדחה. אך אותו נהג עצמו יצא זכאי בתביעה אזרחית שהוגשה נגדו לאחר מכן, משונו שבית המשפט מצא שלא התרשל בנהיגתו, ואף הערעור על פסק-הדין האזרחי נדחה. בחיקון לפקודת הראיות בשנת תשל"ג-1973, נקבע כי פסק-דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע אות הגאשם, יהיו ממציאו ומסקנותיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה. אמנם לאחר תיקון זה, קשה להניח שמקרה כגון מלציאנו יחזור על עצמו, אך אין בכך כדי לשנות מבחינת נושא עיונו שיכול ושתי אמיתות שונות וסותרות ייקבעו לגבי אותו אדם ולגבי אותו מושא, ושתייהן אמת הן, שתייהן מחייבות, ושתייהן מבוצעות. לפי אמת משפטית אחת יושב אותו נהג כמאסר על שהתרשל בנהיגתו ופגע בקטינה אסתר מרציאנו, ולפי אמת משפטית אחרת אותו נהג עצמו פטור מלשלם אף פרוטה אחת דמי נזק לאסתר מרציאנו, וזאת על שום שלא התרשל בנהיגתו. אומר בית המשפט, מפי השופט לנדוי:

האזרח הנוגע בדבר בודאי עומד ותוהה נוכח חוסר עקביות כזה. אבל לנו אין ברירה אלא לצמצם את הדיון לראיות שהוגשו והוערכו על-ידי הערכאה הראשונה במשפט האזרחי, שרק הוא הגו נשוא הערעור, בלי להיות מושפעים ממה שפסקו בתי המשפט בדיון הפלילי.⁷³

ובאותו פסק-דין מוסיף ואומר השופט ברזון:

- 69 בג"ץ 152/82, לעיל הערה 18, בעמ' 455-456, 474-475.
- 70 בג"ץ 131/57 יעקב צמוקין נ' בית הדין המשמעתי לעובדי המדינה, פ"ד יא 856, בעמ' 868; וראה בג"ץ 152/82, שם, עמ' 474-475.
- 71 ע"א 581/72 ארכיב נ' מ"י, פ"ד כז (2) 513, בעמ' 530. בהקשר לאמור כאן, מן הראוי להפנות למשפט סימפסון שהתנהל ומתנהל לאחרונה בבתי המשפט שבארצות-הברית. סימפסון זוכה על-ידי המושבעים במשפט הפלילי שהוגש נגדו באשמת רצון; לעומת זאת, במשפט האזרחי, בתביעות נזיקין שהגישו קרובי הנרצחים, חויב סימפסון בפיצויים: *Rofo v. Simpson* WL 45143 1997 Cal. Supreme Court. פסק-הדין ניתן ב-4.2.97; וראה עוד: בג"ץ 152/82, שם, עמ' 454.
- 72 ע"א 680/66 מרציאנו נ' כדעאן, פ"ד כא (2) 285.
- 73 שם, בעמ' 288. השופט לנדוי כותב בפסק-הדין כי "... רק בידי המחוקק הוא למנוע סתירות מצערות כאלה בפסיקה בחי המשפט".

הדין, האמת, השלום והפשרה

מה שמפריע לי במיוחד זוהי התוצאה השונה בשני המשפטים שהובאו נגד המשיב. והרי זה קל וחומר: אם במשפט הפלילי שבו נדרשת מידת ההוכחה הגבוהה ביותר יצא חייב, כיצד יוצא הוא נקי דוקא במשפט האזרחי, שבו נדרשת מידת שכנוע פחותה, אף שדיני הראיות אינם שווים בשני המקרים? בשני המשפטים היתה העדות העיקרית זו של המשיב עצמו והנסיבות הן כמובן אותן נסיבות, ואף-על-פי-כן המסקנה שונה בשניהם. נסה להסביר את הדבר לאזרח הפשוט הנוגע בדבר. הוא לא יבין זאת ולעניות דעתי גם קשה להצדיק מצב כזה. ביחוד שנשים אל לכ כי המדובר באדם שהורשע במשפט הפלילי אחרי שקלא וטריא בעיקר על סמך עדותו הוא והודעתו במשטרה. בע"א 158/53 עמד בית משפט זה על הכלל הידוע כי פסק-דין שניתן במשפט פלילי אינו יכול לשמש ראיה במשפט אזרחי להוכחת העובדות המונחות ביסודו, והסביר את הטעמים לקיומו של הכלל הזה. הוא גם תירץ את הקושיה מדוע אף הרשעה במשפט הפלילי לא תשמש כראיה נגד הנחבע במשפט האזרחי. ייתכן שטעמים משפטיים כאלה עשויים להניח את דעתו של איש המשפט, אך יש בהם כדי לאכזב ולבלבל את השכל הישר של האזרח הפשוט.⁷⁴

כאמור, לאור סעיפים 42א-42ד שהוספו לפקודת הראיות בשנת 1973, אין להניח שמקרה כגון מרציאנו יחזור ויארע, שהרי ניתן להגיש את פסק-הדין המרשיע כראיה במשפט האזרחי. אך, כאמור בסעיפים שלעיל, זוהי ראיה לכאורה בלבד ובתנאים מסוימים ניתן לסתור את פסק-הדין הפלילי. זאת ואף זאת, תיקון החוק בא מטעמי יעילות ונוחות, ולא מטעמים עקרוניים של מניעת שתי אמיתות משפטיות נוגדות. וכך מעיד עלינו הנשיא זוסמן, בהתייחסו למניעי הוועדה – אשר הוא ישב בראשה – לתיקון פקודת הראיות:

הועדה שישבה בארץ על המדוכה לא היתה מודאגת על-ידי פילוג אפשרי בין בית המשפט הפלילי לבין בית המשפט האזרחי. גם אצלנו כבר קרה, ששופט פלילי ושופט אזרחי התחלקו בדעותיהם באותו עניין... מטרתה היתה שונה מזו של הועדה האנגלית. והיא העלתה על ראש דאגתה את הצורך לחסוך זמנם של בית המשפט ושל העדים ולמנוע כפילות הדיון באותו עניין.⁷⁵

יש ואמיתות משפטיות שונות נקבעות במקרה של שני נאשמים באותו מעשה, כאשר האחד יוצא זכאי והאחר – חייב, בגלל דין מדיני דרכי דיון או קבילות הראיות. דרך משל, כלל הוא שלא ייתכן להרשיע אדם בקשירת קשר עם חברו, אם החבר זוכה מקשירת הקשר, שאם לא כן "דיברה הרשות השופטת בשתי לשונות, קבעה במשפט אחד שהעבירה בוצעה ובמשפט אחר שאותה עבירה לא בוצעה"; אך כלל זה, כך נאמר "אין

74 ע"א 680/66, לעיל הערה 72, בעמ' 289-290. על מקרים דומים, ראה: ע"א 350/74 מ.ל.ט. בע"מ ג' ממנ, פ"ד כט (1) 208, ובעמ' 216 המקרה בעניין אותו פורץ שהודשע בפלילים וכעבור זמן זכה בפיצויים אזרחיים בתביעה על הוצאת דיבה נגד מי שתיאר כיצד ביצע את הפריצה, הואיל והנתבע לא הצליח לשכנע את המושבעים שאכן אותו פורץ עשה מה שעשה. וכן ראה שם, עמ' 217, מצוין לפסק-דין ע"א 463/62, שככל הנראה לא פורסם.

75 ע"א 350/74, שם, בעמ' 217.

מנחם אלון

נוהגים על-פיו אלא אם טעמו עמו... והרשעתו של קושר אחד בעינה עומדת, כל עוד זיכוי של השני אינו משמיט את הקרקע מחתתיה... כי הדבר תלוי בכך אם הרשעתו של אחד 'מתישבת' עם זיכוי של אחר. אין ניגוד כזה בין שני מעשי בית-דין; אם אחד הקושרים נהנה מחסינות או שאינו כפוף לשיפוטו של בית המשפט".⁷⁶ מבחינת האמת העובדתית, יש כאן סתירה מינייה וביה, שהרי עבירת הקשר אינה ניתנת לביצוע על-ידי אדם אחד, ואשר על כן אם כוצע הקשר – שניהם חייבים בדינו, ואם לא כוצע – שניהם צריכים להיות זכאים. אך מבחינת האמת המשפטית ניתן ליישב בין סתירה עובדתית זו, כי האחד נהנה מחסינות "והאמת המשפטית" קובעת כי בגלל כך, אף-על-פי שאחד הקושרים היה, אין להרשיעו בדין. ובפסק-דין אחר נאמר לאמור:

לדוגמאות אלה (שבע.פ. 573/72 שלעיל) אפשר להוסיף את המקרה השכיח שבו יש בידי התביעה ראיות נגד כל אחד מן הקושרים או השותפים לעבירה, שהנן קבילות נגד אחד מהם אך לא נגד חברו, כמו למשל הודאתו של אחד מהם מתוך לבית המשפט. במקרה כזה יכול לקרות שאחד יודע והשני יזוכה, וכך נוצרת אולי סתירה בעיני מי שאינו יודע דת ודין. אך על המשפטן להשלים עם תוצאה זו הנעוצה בדיני הדיון והראיות. כלל של דבר: מבחינה משפטית יכולה להיווצר סתירה אסורה רק כאשר מזכים את האחד ומרשיעים את השני על-פי אותן ראיות.⁷⁷ (ההדגשה השנייה במקור – מ"א)

הוא הוא שאמרנו. בעיני ההריוט, שאינו בקי ברזי האמת המשפטית, האמת העובדתית היא היא האמת המשפטית; אך יודעי דת ודין יפה הם יודעים, או צריכים לדעת, שלעתים אמת משפטית לחוד ואמת עובדתית לחור.

11. פסיקה שיפוטית וועדת חקירה

בעיית האמת המשפטית והאמת העובדתית, על חלק ניכר מהיבטיה, עמדה במרכז הדיון בפסק-דינו של בית המשפט העליון,⁷⁸ בעתירה שהוגשה אליו בעניין החלטת הממשלה מיום 14.3.82, אשר זו לשונה:

1. הממשלה מחליטה על הקמת ועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968.
2. כימים אלה פורסמו כרבים טענות והאשמות מהן המתפרסמות עתה בדאשונה, לפיהן אברהם סטבסקי וצבי רוזנבלט או אחד מהם היו שותפים לרצח ד"ר חיים ארלוזורוב הי"ד ("רצח ארלוזורוב" מאת שבתי טבת, הוצאת שוקן, תשמ"ב).
3. ועדת החקירה מתבקשת לחקור טענות והאשמות אלה ולהגיש לממשלה דין וחשבון על תוצאות חקירתה.⁷⁹

76 ע"פ 573/72 חבורה נ' מ"י, פ"ד כח (2) 57, בעמ' 60; ראה: ע"פ 144/92 קבלרו נ' מ"י, פ"ד מח (2) 412, 407 שחזור על הלכת חבורה.

77 ע"פ 474/75 סאלם נ' מ"י, פ"ד ל (3) 113, בעמ' 123. וראה עוד: ע"פ 542/78 חנון נ' מ"י, פ"ד לג (2) 435, 429.

78 בג"ץ 152/82, לעיל הערה 18.

79 שם, עמ' 452.

הדין, האמת, השלום והפשרה

את ההחלטה על הקמת ועדת חקירה קיבלה הממשלה על-פי סעיף 1 של חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, שבו נאמר:

ראתה הממשלה שקיים עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה הטעון בירור, רשאית היא להחליט על הקמת ועדת חקירה שתחקור בעניין ותמסור לה דין וחשבון.

הנימוק העיקרי לעתירה היה "האם יש בהחלטה, נשוא העתירה, משום התערבות בלתי נאותה במעשה חלוט של הרשות השופטת"⁸⁰. העתירה נדחתה. נעמוד על כמה מפרטיה והנימוקים לדחייתה, במידה שהם משתלבים בנושא דיוננו ותחילה נסקור את ההליכים והאירועים שעד להגשת העתירה.

ארלוזורוב נרצח בלילה שבין 16 ל-17 ביוני 1933. אחרי חקירת המשטרה הוגש כתב-אישום לבית המשפט לפשעים חמורים בשבתו בירושלים. בכתב-אישום זה יוחסה לאברהם סטבסקי ולצבי רוזנבלט עבירת רצח, ולנאשם נוסף, אבא אחימאיר, עבירה של ייעוץ ושידול שני הנאשמים האחרים לביצוע הרצח. אחימאיר זוכה אחרי שמיעת ראיות התביעה. בפסק-הדין, שניתן ביום 8.6.34, נקבע ברוב דעות, שסטבסקי השתתף ברצח בכוונה תחילה של ארלוזורוב בכך שהוא עקב אחריו, עצר אותו, הפנה אור פנס חשמלי כלפיו והיה נוכח קרוב לביצוע העבירה. לפיכך הורשע סטבסקי בעבירת רצח, והוטל עליו עונש מוות בהתאם לחוק, כפי שהיה בתוקף אז. לממצא זה של הרוב לא ניתנה כל הנמקה. רוזנבלט זוכה מהאשמה שיוחסה לו, מכיוון שלא נמצא סיוע ממשי לעדות הגב' ארלוזורוב, כפי שהיה נדרש לשם הרשעה לפי פקודת העדות. גם לגבי הויכוח לא ניתנה הנמקה בנוסף על האמור לעיל. השופט, שדעתו היתה דעת מיעוט, סבר, שיש לזכות גם את סטבסקי, מכיוון שגב' ארלוזורוב טעתה, בתום-לב, בזיהוי שנעשה על-ידיה. על פסק-הדין של בית המשפט לפשעים חמורים הוגש ערעור על-ידי סטבסקי לבית המשפט העליון, ובערכאה זו ניתן פסק-דין מנומק ביום 20.7.34. הערעור נתקבל, בוטל פסק-הדין של בית המשפט לפשעים חמורים, וסטבסקי זוכה. הנמקה מפורטת למסקנת הויכוח ניתנה בשלוש חוות-דעת של כל אחד מהשופטים. השופטים בבית המשפט העליון מתחו ביקורת על בית המשפט של הערכאה הראשונה, שלא קבע ממצאים עובדתיים ולא נימק כראוי את פסק-דינו. בפסק-הדין של זקן השופטים M. McDonnell פורטו הטענות שהועלו נגד ההסתמכות על עדותה של גב' ארלוזורוב, אשר זיהתה את סטבסקי כאחד משני המשתתפים ברצח, וטענות אלה נדחו. מסקנת זקן השופטים היתה, שאין יסוד להתערב בהכרעתו של בית המשפט בערכאה הראשונה, אשר סמך על עדות גב' ארלוזורוב. עוד אמר זקן השופטים בפסק-דינו, שלו היה המשפט מתברר באנגליה או במרבית השטחים שבשלטון הבריטי, מן הראוי היה לדחות את הערעור ולאשר את ההרשעה. אולם מכיוון שהמחוקק בארץ-ישראל קבע בסעיף 5 לפקודת העדות, שאין לתת פסק-דין במשפט פלילי על-פי עדות עד אחד, אלא אם לעדות זו יש סיוע, שלדעת בית המשפט מספיק לאישור אמיתות העדות היחידה, הרי יש לבחון, אם סיוע כזה הובא כאותו מקרה. אחרי ניתוח הראיות הנוספות הגיע זקן השופטים למסקנה, שלא נמצא

80 ש.ם.

מנחם אלון

סיוע ממשי לעדות היחידה של גבי ארלוזורוב, ולפיכך יש לבטל את ההרשעה ולשחרר את סטבסקי. למסקנה זו הצטרפו שני השופטים האחרים, אשר מצאו לנכון להוסיף נימוקים משלהם. בכך הסתיימו ההליכים המשפטיים בתקופת המנדט.⁸¹

סטבסקי הלך לעולמו בשנת 1948. בשנת 1964 ובשנת 1971 הוגשו על-ידי רוזנבלט ואחרים תביעה נגד נתבעים שונים לפיצוי נזיקין בשל העוולה של הוצאת דיבה, היינו פרסום במאמר ובספר, שבהם הוחשדו התנועים בקשר לרצח ארלוזורוב, ובשני המקרים נפסקו לחובעים פיצויים והוכת התנצלות, במקרה האחר בפסיקה של בית המשפט ובמקרה האחר על-פי פשרה שאליה הגיעו בעלי הדין.⁸²

טענת באי-כוח העותר היתה, שהקמת ועדת חקירה, על-מנת שזו תחקור בעניין, שלגביי ניתנו פסקי-דין חלוטים הן בתקופת המנדט והן על-ידי בתי המשפט בישראל, מהווה התערבות בלתי נאותה בהליכי משפט, מכיוון שיש בכך תקיפה ישירה על מעשה חלוט של הרשות השופטת ושל הממצאים, אשר עמדו ביסוד פסקי-הדין, אשר ניתנו בעניין רצח ארלוזורוב. לטענת באי-כוח העותר, יצרה הממשלה על-ידי הקמת ועדת החקירה מעין ערכאת ערעור על פסקי-דין סופי, שהוציאה הרשות השופטת. בנוסף על כך, טענו באי-כוח העותר, כי קיים חשש של פגיעה בשמם הטוב של סטבסקי ורוזנבלט – שזוכו על-ידי בתי משפט מוסמכים, ושחפותם נקבעה גבו על-ידי בתי משפט אזרחיים – ושועדת חקירה לא תוכל להגיע לכל מסקנה מבוססת, אחרי שעברו קרוב לחמישים שנה מאז הרצח.

נציגת המדינה לא שללה אפשרות של פסילת הקמת ועדת חקירה על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק, כאשר קיימת סכנה של התערבות בלתי נאותה בהליכי משפט או בסמכותה של הרשות השופטת, אולם, לטענתה, אין כל סכנה כזו במקרה דנא. היא הסתמכה על ההלכה שנפסקה, שזיכויו של נאשם במשפט פלילי אינו מונע נקיטת הליכים משמעתיים נגדו באותו עניין, וכי פסקי-דין חלוט של זיכוי במשפט פלילי הוא אמנם סוף פסוק לגבי האחריות הפלילית של הנאשם, אך אין הוא מונע בירור העניין מחדש בהליכים אחרים כגון משפט אזרחי או דיון משמעתי.⁸³

העתירה נדחתה. אמר על כך הנשיא יצחק כהן, בין היתר:

לא גיליתי כל פגיעה בתפקידה או בסמכותה של הרשות השופטת על-ידי הקמת ועדה, שתחקור בעניין רצח ארלוזורוב... פסקי-הדין, שבהם זוכו רוזנבלט וסטבסקי מאשמת השתתפות ברצח שיוחסה להם, ניתנו לפני קרוב לחמישים שנה. אלה הם פסקי-דין חלוטים, ואין כל אפשרות לחדש את בירור המשפט הפלילי. שום מסקנה של ועדת החקירה לא תפגע בסופיות זיכויים של סטבסקי ורוזנבלט, על-כן לא ניתן לראות בוועדת חקירה ערכאת ערעור או מעין ערעור על ממצאי בית משפט. החשש מפני ממצאים אחרים קיים בכל מקרה, אם עניין, שנודע במשפט פלילי, מגיע לדיון מחדש לפני בית משפט או בית-דין בהליך אזרחי או משמעתי, אך, כאמור, בכך לא ראה בית המשפט כל פגיעה ברשות השופטת.

81 שם, עמ' 452-453.

82 שם, עמ' 453-454.

83 שם, עמ' 454-455.

הדין, האמת, השלום והפשרה

כאמור, הועלתה גם טענה, שהקמת ועדת חקירה עלולה לפגוע בשמם הטוב של סטבסקי ורוזנבלט, אם הוועדה תמצא, שיש ממש בהאשמות שהועלו נגדם. טענה זו היא בעליל בלתי כנה. יש לזכור, שבפסקי-דין, שניתנו בתקופת המנדט, אין כל ממצא, שרוזנבלט וסטבסקי לא השתתפו בביצוע רצח. זיכוי של כל אחד מהם היה מבוסס אך ורק על העדר סיוע, הדרוש על-פי החוק לעדות העדה היחידה, הגב' ארלוזורוב, עדות, שלפי הפירוש אשר ניתן בבית המשפט העליון לפסקי-הדין של בית המשפט בערכאה הראשונה, הייתה ראויה לאמון. קשה לראות בו טיהור שמם של הגאשמים מבחינה ציבורית.⁸⁴

העתירה נדחתה על דעת כל שופטי ההרכב,⁸⁵ ואצל חלקם בהנמקות ובהדגשות שונות.⁸⁶ בתוות-דעתי הסכמתי עם חוות-דעתו של הנשיא כהן, והוספתי ודנתי באריכות בבעיית האמת המשפטית והאמת העובדתית, אמיתות יחסיות שונות זו לצדה של זו, ולעתים אף ב"אמיתות משפטיות" שונות בעניין אותו מעשה גופו.⁸⁷ על חלק מהדברים עמדתי בדברי לעיל, ועוד אתייחס לכך בהמשכם של דבריו. אציין כאן דברים שכתבתי בסיום חוות-דעתי, לעניין הנושא המיוחד של העתירה, באשר לאמיתות המשפטיות:

ועד היכן הדברים מגיעים, צא ולמד מהעניין שלפנינו. אומר בית המשפט שלערער בפסקי-דינו, כי מאמין הוא לזיהויה של גב' ארלוזורוב, כי סטבסקי הוא האיש, אשר ירה בארלוזורוב המנוח, ואילו היה מתברר משפטו של סטבסקי באנגליה או במרבית מושבותיה של בריטניה, היה מורשע ברצח; ורק משום שלפי החוק בארץ-ישראל אין להרשיע אדם בפלילים על-פי עדות עד אחד ללא סיוע, יצא סטבסקי זכאי בדיונו. מסקנה זו ודאי נכונה היא מבחינת קביעת "האמת המשפטית" במישור המערכת המשפטית, שכן כל מערכת משפטית קובעת את האמת המשפטית לפי מערכת הנורמות, הנהוגות והמחייבות בה. אך עצם תופעה זו, שגם לאחר קביעת אותן עובדות גופן, תיתכן אמת משפטית מרשיעה לפי מערכת משפטית אחת ואמת משפטית מזכה לפי מערכת משפטית אחרת, האם אין בתופעה זו כדי להביאנו בהכרח למסקנה על האפשרות, ואולי אף על הצורך, בקביעת אמת עובדתית שלא במישור המשפטי? וכשם שאין האמת המשפטית שבמערכת משפטית פלוגית נפגעת מכך, שבמערכת משפטית אלמונית מצויה אמת משפטית שונה, באותו עניין ובאותה מסכת עובדתית, כך אין מקום לפגיעה כל שהיא באמת המשפטית על-ידי קביעת אמת עובדתית שמחוץ למישור המשפטי. והוא הוא אשר אירע בעניין שלפנינו. הממשלה מצאה, שמבחינה ציבורית לא בא סוף פסוק לפרשה טראגית זו, שהסעירה בשעתה ועדיין

84 שם, עמ' 455-456.

85 הנשיא יצחק כהן המנוח, השופט מרים בן פורת, השופט מנחם אלון, השופט אהרון ברק והשופט שלמה לוין.

86 ראה: בג"ץ 152/82, לעיל הערה 18, דברי השופט בן פורת (עמ' 456-463) והשופט לוין (עמ' 463-464).

87 ראה: שם, עמ' 464-475. בקשר לאלה ראה עוד דבריה של השופטת בן פורת, בעמ' 461-463, ודבריי בעמ' 464 ואילך.

מנחם אלון

מסעירה חלקים גדולים ונרחבים של הציבור בישראל בגלל השלכותיה הציבוריות מעבר לאחריותם האישית של סטבסקי ורוזנבלט, ועדיין זכרו של האחד ושמו של האחר מוכתמים הם בחלקים גדולים של הציבור. לא מעט תרם לכך דווקא פסק-דינו של בית המשפט שלעצור, שאמנם מזכה הוא מבחינה משפטית, אך קובע ממצא מרשיע מבחינה עובדתית. מוז פסול יש בהקמת ועדת חקירה, על-פי החלטת הממשלה, הסבורה, שפרשה זו היא בעלת חשיבות ציבורית כיום וטעונה בירור עובדתי שלא במישור המערכת המשפטית, כאשר בירור זה אינו פוגע ואינו מתערב בהליכים משפטיים, שנסתיימו לפני עשרות בשנים, וכאשר קביעת אמת עובדתית אין בה, מעצם טבעה ומהותה, משום פגיעה כלשהי בקביעת האמת המשפטית וסופיותה של קביעה זו? תהיינה תוצאות וזיזורה של ועדת החקירה אשר תהיינה, וגם אם שונות תהיינה קביעותיה העובדתיות ונסקנותיה ההיסטוריות מהקביעות השיפוטיות של בית המשפט, מציאותן של אמותות יחסיות שונות אלה לא רק שאינן פוגעות אחת ברעותה ואינן צרות זו לזו, אלא משלימות האחת את רעותה, ומסימניה המובהקים של חברה תרבותית ופתוחה הן.⁸⁸

בעקבות פסק-דינו של בית המשפט העליון בדבר דחיית העתירה, מינה נשיא בית המשפט העליון ועדת חקירה בהרכב של שלושה, שהכריה היו: השופט דוד ככור, שופט לשעבר של בית המשפט העליון, יושב-ראש הוועדה; הרב פרופסור אליעזר ברקוביץ, חבר הוועדה; השופט מקס קנת, נשיא לשעבר של בית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו, חבר הוועדה.⁸⁹ דין וחשבון הוועדה שתוארה בשם: "ועדת חקירה לחקירת רצח ד"ר חיים ארלוזורוב הי"ד", הוגש כעבור כשנתיים וחצי, ביום 4.6.85.

הדין וחשבון המפורט, המכיל למעלה ממאתיים עמודים, דן בפירוט רב בתולדות האירועים של רצח ד"ר ארלוזורוב ו"ל, בניתוח העדויות שהיו בפני הוועדה, בחומר רב מאוד שהוגש לוועדה על-ידי עורכי-דין ועל-ידי מוסדות וגופים שונים. כל הנוגעים בדבר היו מיוצגים על-ידי עורכי-דין, שהזמינו עדים בנוסף על עדים שהוזמנו על-ידי הוועדה, ועדויות אלה נותחו ונידונו על-ידי הוועדה. בין היתר, עמדה הוועדה על דרך עבודתה וחקירתה, על נושא האמת המשפטית והאמת העובדתית על כל הקשור לפרשה הטראגית של רצח ד"ר ארלוזורוב, והמתח הציבורי וחילוקי הדיעות הקשים והקוטביים שנתעוררו בעקבות רצח זה בציבור היהודי, על פני עשרות בשנים. וכן ניתחה הוועדה את פסקי-הדין שניתנו על-ידי שתי הערכאות בתקופת המנדט בפרשת רצח ארלוזורוב, את העדויות שהיו לפני בתי המשפט ומקורות נוספים שטיפלו ודנו בנושא.⁹⁰ לאחר סקירה מפורטת של הראיות והעובדות,⁹¹

88 שם, עמ' 475.

89 על מועד המינוי ופרטיו ראה בדוח הוועדה, עמ' 1-2. הוועדה מנתה ביום 25.4.1982 וביום 5.12.1982 (לרגל מלחמת שלום הגליל שונה הרכב הוועדה). הוועדה החלה בעבודתה ביום 12.12.82 והגישה את הדין וחשבון ביום 4.6.85. ראה בדוח הוועדה, עמ' 1-3, 202.

90 על הדרכים שהציבה הוועדה לעבודתה, ראה עמודים 1-37 שבדין וחשבון; וכן בעמ' 38-60.

91 שם, עמ' 61-163.

הדין, האמת, השלום והפשרה

מסכמים שלושת חברי הוועדה, איש איש על-פי דרכו,⁹² כיצד הגיעו למסקנתם המשותפת. דנים הם כפגם שבחקירתם, שלא שמעו באופן אישי חלק מן העדים שהופיעו לפני בית המשפט בדרגה הראשונה, ומעירים הם על כך שגם בית המשפט של ערעורים לא שמע את העדים והתערב בעניינים שונים באשר למהימנותם; מעירים הם על כך שחקירת הוועדה היתה מסועפת ומעמיקה, והרבה עדויות ותומר היה לפניהם, שלא היה לפני בית המשפט. עומדים הם על חשיבותה של ועדת חקירה לעומת מחקרים של היסטוריונים, שמשקפים לא פעם את השקפת עולמם; על טיבן ודרכן של ועדות חקירה; ועל ההבחנה בין אמת משפטית לאמת עובדתית. לאחר שכל אחד ואחד מחברי הוועדה בא למסקנה, על-פי דרכו וניסוחו,⁹³ שסטבסקי ורוזנבלט לא רצחו, ולא השתתפו ברצח ארלוזורוב המנוח, מסיימים הם את דוח ועדת החקירה לאמור:

לאור חוות הדעת של שלושת חברי הוועדה אנו קובעים פה אחד שאברהם סטבסקי וצבי רוזנבלט לא היו רוצחי חיים ארלוזורוב ז"ל ולא היה להם יד ברצח. הראיות והחומר שהובאו לפנינו לא מאפשרים לקבוע:

(א) מי היו הרוצחים; (ב) אם היה זה רצח פוליטי מטעם מפלגה כל שהיא או לא.⁹⁴

ברוגמה שזה עתה עיינו מצויה הדגמה – לא רק עיונית אלא מעשית, מעשה שהיה – של מסקנות שונות שאליהן הגיעו באותו מקרה ובאותו מעשה בית המשפט, לפי האמת המשפטית, וועדת חקירה ממלכתית, לפי האמת העובדתית. ודרך-אגב, מן הראוי לתת את הדעת לכך שבוועדת החקירה הממלכתית, שניים מבין שלושת חבריה המה שופטים בכירים בדימוס. בית המשפט העליון המנדטורי אומר שאין הוא מרשיע את סטבסקי אף-על-פי שהוא מאמין לעדות הגב' ארלוזורוב המזהה אותו כמי שירה בארלוזורוב, ולפי החוק כאנגליה ובמרבית מושבותיה של בריטניה, די בכך כדי להרשיעו ברצח, משום שלפי החוק בארץ-ישראל אין בכך כדי להרשיע אדם בפלילים. לעומת זאת קובעים חברי הוועדה, פה אחד, שלא קיימת כל עיקר עדות שסטבסקי הוא שירה ושהיתה לו יד ברצח. גדול ומרחיק לכת הוא ההבדל שבין שתי החלטות זיכוי אלה: לפי החלטת בית המשפט העליון הבריטי, מבחינה עובדתית ומוסרית סטבסקי הוא שירה ורצח; שעה שלפי מסקנות ועדת החקירה לא קיימת ראיה כלשהי וסטבסקי זכאי מכל בחינה שהיא, הן מבחינת האמת המשפטית והן מבחינת האמת העובדתית.

92 השופט בכור – בעמ' 164-167; השופט קנת – בעמ' 168-176; הרב פרופ' ברקוביץ – עמ' 177-201.

93 השופט בכור – עמ' 166-167, ראה, דרך משל, דבריו (בעמ' 166): "לגבי סטבסקי ורוזנבלט אין לקבל כמהימנה מבחינה אובייקטיבית את עדותה של הגב' סימה ארלוזורוב בזיהויה אותם כמבצעי הרצח, גם שמבחינה סובייקטיבית היא האמינה בזיהויה. הראיות שהובאו כראיות סיוע לעדותה לא היו מהימנות כלל. לעומת זאת ראיות האליבי של סטבסקי ורוזנבלט מוכיחות במידה סבירה את האליבי. לכן המסקנה היא שהם לא רצחו, ולא השתתפו ברצח ארלוזורוב."; וכן השופט קנת – עמ' 170-174; פרופ' ברקוביץ – 177, 196-197, 201.

94 שם, עמ' 202.

12. "דין אמת לאמתו"

סוגיה גדולה זו של היחסים בין הדין ובין האמת, פנים רבות לה גם בעולמו של המשפט העברי, וכבר עמדנו על כך בדברינו לעיל; ויש שאף מצויות בו תאוריות ומסקנות נועזות ומרחיקות לכת מאלה המקובלות במעויכות המשפטיות השונות. נעיין בדברים אחרים.

ראש לכול, נושא דיוננו מצא ביטוי מאלף בעצם הגדרת תפקידו של הדיין לדון דין אמת. כאמור בתחילתם של דברינו,⁹⁵ תפקיד זה מכונה הוא בעולמה של הלכה שהדיין מצווה לדון "דין אמת לאמתו". ביטוי זה מיוחד הוא, למיטב ידיעתי, ללשון העברית, ולא מצאתי לו אח ורע בלשונות אחרות. כך, דרך מגול, אין אתה אומר בשפה האנגלית The truth of the whole truth, וכיוצא בזה. וכן אין אומרים בלשון אשכנז die wahre wahrheit אלא die ganze wahrheit, וכיוצא בזה. רק ביידיש נהוג לומר "דער אמתר אמת", וביטוי זה שביידיש – יסודו בשפה העברית.

רבים ומאלפים הם פירושיהם של פרשנינו לביטוי זה של "אמת לאמתו"; וכי ישנה אמת שאינה לאמתו? אומר על כך ר' יהושע ולק כ"ץ, מחכמי פולין שבתחילתה של המאה השבע-עשרה, ומפרשניו המובהקים של הטור והשולחן ערוך, חושן משפט:

שכונתם במה שאמרו דין אמת לאמתו, רוצה לומר, שדן לפי המקום והזמן בעניין שיש לאמתו, ולאפוקי (= להוציא) שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש, כי לפעמים שצריך הדיין לפסוק לפניו משורת הדין לפי הזמן והעניין; וכשאינו עושה כן, אף שהוא דין אמת – אינו לאמתו. על דרך שאמרו חז"ל (בבא מציעא, ל, ב): "לא נחרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהן על דין תורה ולא לפני משורת הדין".⁹⁶

ומוסיף ואומר הגר"א (הגאון ר' אליהו מוילנא), מגדולי ההלכה של המאה השמונה-עשרה, וזו לשונו:

הדיינים צריכים להיות בקיאים גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מרומה, דאם לא יהיה בקי בעניינים אף שיהיה בקי בדין תורה, לא יצא דין אמת לאמתו, כלומר אף על-פי שיפסוק אמת לא יהיה לאמתו... ולכן צריך הדיין להיות בשניהם בקי... היינו חכם בענייני תורה ופיקח בענייני עולם.⁹⁷

ועוד פירוש בפיהם של חכמים, גדל וגועז, ל"אמת לאמתו":

לפי שיש מקום לדיין למנוע עצמו מלדון בטענה שאפילו יהא נראה לו בדעתו שדן דין אמת, עדיין יש לחוש שאם היו בא דין זה לפני גדול ממנו יתברר לו שטעה, ואם כן אין לך אדם שיזדקק לדון שמא יטעה, על זה אמר: לאמתו, שאין לו אלא לפי האמת שלו, לאפוקי אם יודע שהוא שקר. אבל אם בעיניו הוא דין אמת, אין לו לחוש יותר, שאפילו אם טעה – אין לו אשמה, כיון שדקדק לפי ראות עיניו.⁹⁸

95 ראה לעיל טקסט והערות 13-17.

96 דרישה, טור, חושן משפט, סימן א, סעיף קטן ב.

97 פירוש הגר"א, מקראות גדולות, אורות, דולים, על משלי, ו, ד.

98 פירוש "משנה ראשונה", משנה, פאה ח, ט.

הדין, האמת, השלום והפשרה

כללם של דברים: האמת המופשטת, ה"טהורה", היא האמת; האמת ההלכתית, המורכבת מהדין והלפנים משורת הדין, מהדין ומטבעו של עולם, מערכו של הדין ומאמתו של הדין – היא האמת לאמתו.⁹⁹

13. תנורו של עכנאי – אמת עיונית ואמת הלכתית

ביטוי רב משמעות ומאלף להבחנה שבין האמת העיונית, המופשטת, והאמת ההלכתית, למעשה, מצוי הוא באגדתם של חכמים בדבר דין ודברים שבין ר' אליעזר בן הורקנוס, מתלמידי בית שמאי, ובין ר' יהושע וחבריו בדין מדיני טומאה וטהרה – בעניין תנורו של אדם אחד ושמו עכנאי:

תנא: באותו יום השיב ר' אליעזר כל תשובות שבעולם – ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי – חרוב זה יוכיח; נעקר חרוב ממקומו מאה אמה; ואמרי לה (=) ויש אומרים) ארבע מאות אמה; אמרו לו: אין מביאין ראייה מן החרוב.

חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי – אמת המים יוכיחו; חזרו אמת המים לאחוריהם; אמרו לו: אין מביאין ראייה מאמת המים.

חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי – כתלי בית המדרש יוכיחו; הטו כתלי בית המדרש ליפול; גער בהם ר' יהושע, אמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה – אתם מה טיבכם? לא נפלו (= כתלי בית המדרש) – מפני כבודו של ר' יהושע, ולא זקפו – מפני כבודו של ר' אליעזר; ועדיין מטין ועומדין.

חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי – מן השמים יוכיחו. יצאתה בת קול ואמרה: מה לכם אצל ר' אליעזר, שהלכה כמותו בכל מקום.

עמד ר' יהושע על רגליו ואמר: "לא בשמים היא!"¹⁰⁰ מאי "לא בשמים היא"? אמר רבי ירמיה: שכבר ניתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחים בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: "אתרי רבים להטות".¹⁰¹

אשכחיה (= מצאו) רבי נתן לאלהיו, אמר ליה: מאי עביד קודשא בריך הוא בההיא שעתא (=) מה עשה הקדוש ברוך הוא אותה שעה, בשעת דין ודברים זה שבין ר' אליעזר ור' יהושע וחבריו? אמר ליה, קא חיך ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני.¹⁰²

הרעיונות, שביקשו חכמים לבטא באמצעותה של אגדה מופלאה זו, כמה וכמה פנים להם, ולא כאן המקום להאריך.¹⁰³ לענייננו, ארשה לי לצטט מקצת מן הדברים שכתבתי בעניינה של אגדה זו.¹⁰⁴

99 לעניין "דין אמת לאמתו" על משמעויותיו השונות דנתי באריכות בפסיקה נרחבת. ראה: בש"פ 341/89 מ"י נ' ממך, פ"ד מג (2) 441, 449; בג"ץ 702/81 מינצר נ' הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד לו (2) 181; בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח (2) 265, בעמ' 326-328; ע"א 1482/92 הגר נ' הגר, פ"ד מז (2) 793; ע"פ 168/82 מועדי נ' מ"י, פ"ד לח (1) 197, בעמ' 259-262.

100 דברים, ל, יב.

101 שמות, כג, ב.

102 בבא מציעא, נט, ב; ירושלמי, מועד קטן, פרק ג, הלכה א. הנוסח המצוטט הוא לפי הבבלי.

103 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 231-233.

104 שם, עמ' 232.

מונחם אלון

הקדוש ברוך הוא בכבודו ובעצמו, נותן החוק ומקורו, שהודיע כביכול באמצעות בת הקול, שרבי אליעזר – שהיה מיעוט – כיוון לאמיתה של תורה, הוא עצמו מודה, שבניו – שסוברים אחרת, אך הם הרוב – ניצחוהו; האמת המופשטת היא איפא כדעת היחיד... אך האמת ההלכתית היא כדעת הרוב, משום שההלכה ניתנה על דעתם של חכמי ההלכה ולפסיקתם מסכים, כביכול, נותן התורה עצמו. קשה לתאר הדגמה מוחשית יותר לסמכותו הייחודית של חכם ההלכה בפסיקתו ולשלטון המוחלט של החוק, אף על מחוקקו, כביכול.¹⁰⁵

ומפיו של ר' אריה ליב הכהן, בעל "קצות החושן" ומגדולי ההוגים האנאליטיים של עולם ההלכה במחציתה של המאה השמונה-עשרה ותחילתה של המאה התשע-עשרה בגאליציה, שומעים אנו לאמור:

אמנם לזאת יחרד איש פן ידגור בתורה בדברים אשר לא כן, ושכל האנושי לזאת (= עייף) להשיג האמת... אך לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם נתנה אשר לו שכל האנושי... ונתן לנו את זחורה כפי הכרעת שכל האנושי אף על פי שאינו אמת, ואם כן המחדשו הוא חידוש גנור, רק שיהיה אמת בהכרעת השכל האנושי... שתעלה אמת מן הארץ¹⁰⁶ והאמת יהיה נפי הסכמת החכמים בשכל האנושי...¹⁰⁷

וכלל גדול הוא בעולמה של הלכה, ש"אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל, ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם".¹⁰⁸ הולכה מתפרשת על-פי חכמיה, וגם טעותם של חכמי ההלכה – הלכה היא: "אפילו תחשוב בלבך שהם (= חכמי ההלכה) טועים, והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימינך לשמאלך – תעשה כמצוותם... ועל משמעות דעתם נתן לי התורה אפילו יטעו... כי על דעת שלום הוא נותן לנו התורה, אפילו יהיה בעיניך כמחליף הימין בשמאל...".¹⁰⁹ בפי חכמים שונים הנימוק לתוקפה של "אמת משפטית" שבהכרעה השיפוטית, אף אם מקורה בטעות שבדין, יסודה בטעמים של שמירת הסמכות השיפוטית: "טוב לסבול טעות אחת, ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו, שבזה יהיה תרבן הדת, וחלוק לב העם והפסד האומה כולה".¹¹⁰

105 וראה: בג"ץ 234/84 חדשות נ' שר הבטחון, פ"ד לח (2) 477; בג"ץ 620/85 מיעארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא (4) 169, בעמ' 250-251 ועוד.

106 על-פי תהלים, פה, יב: "אמת מארץ תצנח, וצדק משמים נשקף".

107 הקרמה לקצות החושן על שולחן ערוך, חושן משפט. וראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 233-235.

108 ספרי, דברים, פרשת שופטים, פסקה קנז (מהדורת פינקלשטיין), עמ' 207. וראה: המשפט העברי, שם, עמ' 216-218, והערה 17.

109 רמב"ן בפירושו על התורה: דברים, יז, יא.

110 ספר החינוך (מהדורת שעוול), מצוה וקח; הרמב"ן, שם; וראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 217, הערה 18.

14. בהתנגשות בין חקר האמת ובין טובת הקטין, גוברת טובת הקטין – זוהי האמת המשפטית

כותרת זו לקוחה מפסק-דין עקרוני¹¹¹ שנתתי בשאלה, אם ניתן לערוך בדיקת רקמות בקטינה כדי לקבוע אבהותו של מי שנשוי לאם הקטינה, גם אם שני בני הזוג, שהסכסוך שורר ביניהם, נתנו הסכמתם לכך. בית המשפט המחוזי פסק, שמאחר שישנה הסכמה מצד שני בני הזוג, מוטלת על בית המשפט לערוך את הבדיקות כדי להגיע לחקר האמת, שזוהי משימתו של בית המשפט. היועץ המשפטי ערער על פסיקתו של בית המשפט המחוזי מהטעם של טובת הקטינה, שמא יתברר שהבעל אינו אביה והאם הרתה לגבר אחר בהיותה נשואה לבעלה, ובקטינה ידבק תו של פסול ממזרות. בפסק-דינו כיטלנו את פסק-דינו של בית המשפט המחוזי, וקבענו שאין לערוך את הבדיקות. וכך עלה כי האמת המשפטית עדיפה וגוברת על האמת העובדתית. נעמוד על אי אלה אמירות עקרוניות מתוך פסק-הדין האמור. השאלה התעוררה עוד בפסיקה קודמת של בית המשפט העליון, שנתתי בפרשת *שרון*.¹¹² וכך נאמר בפסק-דין *שרון*:

...לא לכל עניין ולא בכל מקרה יהא בה בבדיקת סיווג הרקמות משום קביעת אבהות, וייתכן שבמקרים מסוימים מן הראוי שבית המשפט אף לא יזקק לעריכת בדיקה זו. דרך משל, כאשר בדיקה זו יכול שתגרור אחריה מסקנה, שיש בה משום הדבקות תו של פסול בקטין, כגון כאשר אשה הנשואה לפלוני טוענת שבתקופת נשואיה הרתה לאלמוני, והוא – האלמוני – אביו של הילד שילדה, וקביעת אבהותו של אלמוני יכול שתביא לפסולו של הקטין כממזר. במקרה זה, או מקרה דומה לו בתחום קביעת המעמד האישי, לא יהא כמידת ההוכחה שבבדיקת סיווג הרקמות לקבוע לאלמוני מעמד של אבהות (והשווה: ע"א 313/68, בעמ' 1026). כלל הוא במשפט העברי, שגם כאשר קיימת אפשרות רחוקה כלבד תולין בה כדי להכשיר ולא להביא אדם לכלל פסול של ממזרות (ראה שו"ע, אה"ע, ד, טו, ובית שמואל, אה"ע ס"ק כו, בשם הרא"ש המביא דעת הלכות גדולות ופוסקים אחרים, שאשת איש, אפילו היא פרוצה ביותר, אין חוששין לפסול הילדים אלא מתייחסים הם לבעלה). כאמור, נראה לי, שבמקרה כגון זה מן הראוי אף שלא להיזקק לעריכת בדיקה זו כל עיקר, שהרי מקובלנו, כי "משפחה שנתערב בה פסול ואינו ידוע לרבים, כיון שנטמעה נטמעה, והיודע פיסולה אינו רשאי לגלות אלא יניחנה כחזקת כשרות, שכל המשפחות שנטמעהו בישראל כשרים לעתיד לבוא" (שו"ע, אה"ע, ב, ה, ברמ"א; ומדובר לעניין פסול ממזרות, ראה בית שמואל, אה"ע, ב, ס"ק יח ו-יט; וראה עוד דברי ר' עובדיה מברטנורא על משנה ערויות ה, ז, ד"ה וקרבה בן ציון). לדעת אחד האחרונים, מפרשני

111 פרשת *פלוגות*, לעיל הערה 41, בעמ' 711.

112 ע"א 548/78 *שרון ואח' נ' לוי*, פ"ד לה (1) 736, בעמ' 748-749. הרברים מובאים בפרשת *פלוגות*, שם, עמ' 725. ברע"א 4427/92 *דוד נ' פלוני, קטין*, חקרין-עליון 95 (2) 1034, נקבע כי בני זוג אתאיסטים או שאינם יהודים, אין חלה לגביהם הלכת *שרון*, ואין מניעה מלהורות על ביצוע בדיקת אבהות. בית המשפט העליון התזיר את הדיון לבית המשפט המחוזי לשם בדיקת מכלול השיקולים, האם הבדיקה היא לטובת הילד.

מנחם אלון

התלמוד המובהקים, נמנע אחד והאמוראים, רבי בנאה – שביקש לקבוע אבהות פלוני לגבי בן אחד מבין מספר בנים – מלהשתמש באמצעי שהיה מביא לקביעה זו משום שעל-ידי כך היה מתגלה, שיתור האחים הם ממזרים (הגהות הרש"ש – ר' שמואל שטראשון – בבא בתרא, נח, א, ד"ה אמר לי כולהי נכסי דהאי).
... כאשר עומדת בפנינו שאלה, אם להעדיף את הזכות והחובה להגיע לחקר האמת על-פי הבדיקה או למנוע חשש של קיפוח ופגיעה במעמדו של הילד בהיוודע דבר פסולו, מן הנכון ומן הראוי להעדיף את טובתו של הקטין ולנקוט כל דרך, שחשש של ממזרות ייטמע, ואין לעשות לגילוי ולקביעתו במסמכיו מאושרים וידועים.

השופט בכור הסכים לדעתי. השופטת בן עתו נמנעה מלקבוע עמדה, אם מן הראוי למנוע עריכת הבדיקה.¹¹³ אך בתי המשפט המחוזיים, בפסיקה מפורטת ומרובה, נהגו לפי הדברים שנאמרו בפרשת *שרון*, אגב אורחא, שלא לערוך בדיקה משום חשש הדבקות תו ממזרות.¹¹⁴ גם בפרשת *פלזנית* דן בית המשפט בהרחבה בצורך ובהכרח להימנע מגילוי האמת העובדתית בנושא זה.¹¹⁵ תחילה נידונה בהרחבה הדילמה הקשה שעמדה בפני חכמי ההלכה והיא: על שום מה נענש ילד שנולד מיוזמים אסורים בעונש כה קשה כמו הטבעת אות קלון הממזרות על מצחו. לאתר שפירטנו עשרות מקורות בעניין זה, המבליטים את רגישותם של חכמי ההלכה לדמעתם של עשוקים – ממזרים אלה – נידונו הדרכים שיצרו חכמי ההלכה לפתרון בעיה כאובה זו, באמצעות כלליזת, פרזומפציות ופיקציות שונות. וכך כתבנו בסיכומם של דברים:

סיכומם של דברים. "העשוקים", הם שצפויים היו, ללא חטא מצדם, להיות מודבקים בתו האמור של ממזרות, נחמתם וישועתם באה להם מכוחם של כללים, פרזומפציות ופיקציות שונות, שחכמים פיתחו וטיפחו עד שלמעשה כמעט ונשללה כל אפשרות שקטין ייפסל כממזר משום הנימוק שאמו בעת היותה נשואה נתעברה והרתה לגבר אחר. ואכן, פסילת קטין כממזר מתוך הנימוק האמור, שהוא נושא דיונו, נדיר הוא ביותר בעולמה של הלכה. אשר-על-כן, שומה עלינו למנוע יצירת הוכחה שהקטין לא נולד לבעלה של אמו. באופן שתודבק בו תווית של ממזרות...¹¹⁶

ובכך פסקנו, לאחר המשך הדיון בסוגיה של "האמת המשפטית" בעולמה של הלכה ומשפט,¹¹⁷ שאין לערוך את בדיקת הרקמות בקטינה, על אף הסכמתם של שני בני הזוג, כשהנימוק הוא כי: "בהתנגשות בין הערך בדברו חקר האמת לבין הערך של טובת הקטינה – גוברת טובת הקטינה. זוהי האמת המשפטית".¹¹⁸

113 ראה בפרשת *שרון*, שם, עמ' 761; מובא ופרשת *פלזנית*, שם, עמ' 726.

114 ראה פירוט פסקי-הדין בפרשת *פלזנית*, שנו, עמ' 727-734.

115 שם, עמ' 734-737.

116 שם, עמ' 738.

117 שם, עמ' 744-748.

118 שם, עמ' 748.

15. פסיקה נועזת של בית-דין רבני – לפי האמת המשפטית גם כאשר היא עומדת בסתירה מוחלטת לאמת העובדתית – למען טובת הקטין נסיים דיונו בפסק-דין אחד של בית-הדין הרבני,¹¹⁹ שיש בו כדי להדגים מאין כמוהו מציאותן של שתי אמיתות סותרות, אמת עובדתית ואמת משפטית, ושתי אמיתות משפטיות שונות, מתוך שיקולי ערכים חברתיים אנושיים.

השאלה שעמדה לדין היתה בקשר לאישה שנשואה היתה לראובן, והרתה לשמעון – הן לפי דבריה והן לפי דברי שמעון – וילדה בת. כעבור זמן נתגרשה מראובן ועברה לגור עם שמעון, בלי להינשא לשמעון, וכעבור שנים אחדות נתפרדה החבילה גם בין האישה ובין שמעון. אף-על-פי שלא נישאה לשמעון, חייב אותם בית-הדין הרבני בסידור גט לחומרה. השאלה שעמדה בפני בית-הדין, הנוגעת לעניינו, היתה כפולה: ראשית – מאחר שהאישה הרתה לשמעון – לפי דבריה ולפי דברי שמעון – בהיותה נשואה לראובן, האם הילדה היא ממזרת. ושנית – האם חייב שמעון במזונות הילדה, בתור אביה. אשר לשאלת מעמדה האישי של הילדה, פסק בית-הדין, שאין היא ממזרת, מאחר שבעת היכנסה להריון היתה נשואה כדין לראובן, ולכן אנו מניחים כי הילדה נולדה לראובן, הבעל, ולא לשמעון.¹²⁰ אמנם הן האישה והן שמעון הודו כי הילדה היא בתם ולא בתו של ראובן, אבל לפי ההלכה אין הם נאמנים לפסול את הילדה כממזרת. מתוך כך בא בית-הדין לרונן בתביעת האישה לחייב את שמעון במזונות הילדה. תביעה זו מבוססת כמובן על-סמך ההנחה שהילדה היא בתו של שמעון, שהרי רק אז הוא חייב במזונותיה. שמעון אמנם הודה שהילדה היא בתו, אבל מאחר שהודאתו לא נתקבלה לעניין קביעת מעמדה של הילדה כממזרת, אין לכאורה מקום לחייב את שמעון על-סמך הודאה זו גופא במזונות הילדה, חיוב שפירושו הוא שהילדה היא בתו; ובלשונו של בית-הדין:

איך ייתכן לפסוק ולחייב מזונות על-פי הודאת התובע הנתבע (= שמעון) שהילדה היא בתו, הרי אנו מניחים שאינה בתו, אחרי שאינו נאמן לומר שהיא בתו; וכשנחייבו במזונותיה הרי זה בתורת בתו, מפני שהודה שזאת בתו. ואם היא בתו הרי בהכרח היא ממזרת, ואין אנו מקבלים שהיא בתו ושהיא ממזרת; ואם אינה ממזרת ואינה בתו אין עילה לחיוב מזונות. והשאלה היא אם יש לפסוק ממון על-פי הודאת בעל דין במקום שפסק זה מתנגש בסתירה מיניה וביה להנחה הקובעת את עילת החיוב.¹²¹

דברים כדרכנות, ולכאורה מעגל קסמים שאין פתח לצאת הימנו. אך בית-הדין פסק כי שמעון חייב במזונות הילדה. למסקנה זו הגיע בית-הדין בשתי דרכים, ושתיהן דנות במהותה של הודאת בעל הדין, בחיוב ממון, במשפט העברי. לפי הדרך הראשונה, הודאת בעל הדין בחיוב ממון מחייבת את המודה, לא משום שיש בה משום הוכחה שעילת החיוב לממון היא נכונה, אלא גם כאשר יורע המודה שאין עילת חיוב, יש בה בהודאה משום התחייבות

119 תיק 226/תשי"ד, פד"ר א 145.

120 על-פי התוקף ש"רוב בעילות הלך אחר הבעל", ראה דברינו לעיל בפרשת *שזן* (לעיל הערה 112) ובפרשת *פלזנית* (לעיל הערה 41). לחזקות ולפיקציות משפטיות כבר התייחסנו בדברינו הקודמים.

121 לעיל הערה 119, עמ' 152.

מנחם אלון

שהמורה נוטל על עצמו לעניין הסכום שהוא מודה בו. ואשר על כן, במקרה דנן, מאחר ששמעון הודה שהילדה היא בתו, כלולה בכך התחייבות מצדו לזון אותה, והתחייבות זו תקפה היא; אך אין ללמוד הימנה על נכונות עילת החיוב למזונות, היינו שהילדה היא בתו של המורה, של שמעון. בית-הדין, בהמשך דיונו, ער לכך כי לדעת חכמים רבים הודאת בעל דין פועלת בתור הוכחה לנכונות הדברים הכלולים בדברי ההודאה, ואם כן, לכאורה, במקרה דנן אין להתחשב בהודאה, שהרי קבענו שהילדה אינה בתו של שמעון. אך על כך משיב בית-הדין, וזוהי הדרך השנייה, כי כותה של הודאת בעל דין אבסולוטית היא ומחייבת את המורה, גם אם ברור לנו שההודאה אינה נכונה; בלשון בית-הדין:

גדולה היא הוכחה זו, הודאת בעל הדין, לחייב את בעל הדין המודה, עד שמכריעה היא כל הוכחה אחרת שהיא בניגוד להודאה. ולא רק הוכחה אחרת (= מכריעה ההודאה) אלא גם ידיעה ברורה נגד ההודאה. כי אם בעל הדין מודה בחיוב ממון, ודאות החיוב היא כה החלטית, ששום ידיעה אין בכוחה לסתור ודאות זו.¹²²

ובית-הדין מצא גם לכך סימוכין במקורות שהוא דן בהם. זוהי דוגמה קלאסית של קביעת אמת משפטית על-ידי הכרעה שיפוטית שעומדת בניגוד גמור, והייתי אומר בניגוד משווע, לאמת העובדתית. ולא זו בלבד, אלא שתי ההכרעות השיפוטיות – היינו הקביעה שהילדה אינה ממזרה והקביעה ששמעון חייב במזונותיה – הם תרתי דסתרי באותו פסק-דין עצמו. ביסודן של שתי ההכרעות השיפוטיות מונחים שיקולים אנושיים חברתיים ממדרגה ראשונה, ועל-פיהן קבע בית-הדין שתי אמיתות משפטיות. בתור טכאלה, כל אחת אמת היא ואינן סותרות זו את זו, אף-על-פי שמבחינה עובדתית אין האמת האחת יכולה לעמוד במחיצתה של האמת האחרת. מדברים שעמדנו עליהם לאחרונה – בדבר חוסר קבילותן של הודאות וראיות, אף-על-פי שברור שתוכנן אמת הוא, ומפסק-דינו זהמאלף של בית-הדין הרבני שעיינו בו זה עתה, נמצאנו אפוא למדים כי דין אמת לאמתו פירוש נוסף לו: יש ואמתו של הדין הוא כאשר הוא נוגד את האמת העובדתית, ודיין שיפסוק לפי האמת העובדתית פוגע הוא באמת המשפטית.

ג. שלום ומשפט

1. השלום – עקרון-על

בתוך העיין בסוגיית האמת והמשפט, ראינו ונוכחנו כי המושג "אמת", גם בתחום המשפט, אינו מוחלט, אינו חד-משמעי, אינו חד-מסקנתי. להפך. האמת שבעולם המשפט היא אמת לאמתו, לפי הזמן, המקום והעניין, יש אמת עובדתית ומצויה אמת משפטית, ולא זו בלבד שאינן עולות תמיד בקנה אחד אלא יש שיסחרו זו את זו ומן הראוי הוא. אין המושג "אמת" נובע מתוך קביעות מוחלטות ואובייקטיביות, אלא על-פי מדיניות של משפט

122 שם, עמ' 153 (ההדגשות אינן במקור).

הדין, האמת, השלום והפשרה

ומדיניות של שיפוט, שביסודה ערכים ושיקולים שונים, המכוונת, ככל האפשר, לפי הראוי והרצוי. בעולמו של המשפט העברי, אחד הערכים היסודיים והבסיסיים בהכוונה זו הוא ערך ה"שלום". כך עולה כבר מעצם כותרת מאמרנו, שיסודה כאמור בזכריה "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" ומדבריהם של חכמים ש"על שלושה דברים העולם קיים, על הדין ועל האמת ועל השלום". מעמד זה של השלום כעקרון-על משפטי, כ"הוראה מלכותית", מיוחד הוא למערכת המשפט העברי. נעיר מיד, וחשיבות רבה לכך, כי לעקרון השלום מעמד מיוחד בכלל עולמה של היהדות ומחשבת ישראל, על כל היבטיה וגווניה.¹²³ במסגרת מאמרנו זה נעיין בראש ובראשונה בעקרון השלום, כפי שהוא בא לכלל ביטוי במשפט העברי, במערכת המשפטית והחברתית.

2. תפקידו הכפול של מרכיב השלום

תפקידו של מרכיב זה בעולמו של המשפט העברי הוא כפול: ראשית – משמש הוא כמקור ליצירת הדין ובעיקרון פרשני בדרך פסיקת הדין; ושנית – משמש הוא כמטרה וכתכלית של כלל מערכת המשפט העברי, שעל-פיה יש לפרש את כלל הוראות המשפט העברי. את עצם העיקרון ביססו חכמי ההלכה על האמור בספר משלי, ג, יז: "דרכיה דרכי נועם, וכל נתיבותיה שלום". פסוק זה, שבא לתאר את מעלותיה של החכמה, ושנתייחד במסורת ישראל לתיאור מעלותיה של התורה ולומדיה, נקבע כהנחיה כללית בדרכי פרשנותם של דיני המשפט העברי על כל ענפיו וסוגיו, וכתכלית ומטרה של כלל עולמו של המשפט העברי. ובעולמם של חכמים "דרכי נועם" ו"נתיבות שלום" היו לעיקרון משולב, שבא זה ומשלים את זה, ויש שהושם הדגש על הנועם ויש שעל השלום. על-פי עיקרון משולב זה נקבעו ונפסקו הלכות שונות בכל תחומי ההלכה,¹²⁴ ובראש ובראשונה בתחומים שונים שבמערכת המשפטית: בדיני משפחה – כגון דיני נישואין וגירושין, דיני ייבום וחליצה, דיני עגונות;¹²⁵ בתחום דיני נזיקין;¹²⁶ בתחום המשפט הציבורי;¹²⁷ בדיני משפט ורפואה,¹²⁸ וכיוצא באלה. נעיין בדוגמאות אחדות, ותחילה בתחום דיני משפחה, שרגישותם רבה ועקרון השלום ממלא בהם תפקיד מיוחד.

123 בעולמה של אמונה והגות, תפילה וברכות ועוד, ראה להלן הערה 135.
124 גם בדיני איסור והיתר, כגון דיני אתרוג ולולב, שבת ומועדים; ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 323, מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה, מפתח המקורות, תשמ"א כרך א, מכוא, עמ' כה.
125 המשפט העברי, שם, עמ' 323-326; 434-435.
126 שם, עמ' 517-518; מפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה, לעיל הערה 124.
127 ראה שו"ת צמח צדק, ב; שו"ת מהרי"ק, קפא ועוד; וראה בג"ץ 1635/90 ז'דז'בסקי נ' ראש הממשלה זאח', פ"ד מה (1) 749, בעמ' 780-781; וראה עוד להלן.
128 ראה שו"ת הרדב"ז, חלק ג, אלף נב; וראה ע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, נ' מ"י, פ"ד מח (1) 87, בעמ' 129-131 (להלן: פרשת שפר).

3. דיני משפחה

(א) ייבום

בין דרכי הפרשנות שבמערכת המשפט העברי, "המידות שהתורה נדרשת בהם"¹²⁹ מצויה מידת ה"קל וחומר", הממלאת תפקיד חשוב וקובע במלאכת הפרשנות במשפט העברי.¹³⁰ אך חכמים קבעו שאם וכאשר השימוש במידת המדרש של קל וחומר מנוגד לעקרונות העל הפרשני של "דרכיה דרכי נועם", עדיף עיקרון זה ושולל את המסקנה הנובעת מן הקל וחומר. בפרשת ייבום נאמר בדברים כה, ה: "כי ישבו אחים יחדו ומת אחד מהם ובן אין לו, לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר, יבמה יבוא עליה ולקחה לו לאשה ויבמה".

מה פירוש המילים "ובן אין לו"? ניתן לפרש, שהכוונה היא, שבשעת מיתת הבעל לא הניח אחריו בן, ואז זקוקה אלמנתו לייבום על-ידי אחיו או לחליצה – אם אינו רוצה לייבם – כדי שתוכל להינשא לאדם אחר. אם נפוש את הפסוק כך, תהיה המסקנה, שאם הניח אחריו ילד בשעת מותו, אך הילד נפטר כעבור זמן ולא נשארו ילדים אחר הנפטר, בכגון זה האלמנה פטורה מחובת הייבום והחליצה. אך בטוגיה התלמודית¹³¹ אומר רבי יהודה מדאיסקרתא, שבקל וחומר יש להסיק, שגם אם היה קיים ילד בשעת מיתת הבעל, אך נפטר לאחר מכן, האישה חייבת בייבום ובחליצה.¹³² בתשובה לטענה זו אומר רבא: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום"; כלומר, לפי אותו קל וחומר עלול להיווצר מצב זה: הבעל מת ונשאר ילד, האלמנה נישאה, ולאחר הנישואין מת הילד; כדי שתוכל האלמנה להישאר עם האישה שנישאה לו, תיזקק מעתה לחליצת היבם, ומעשה החליצה הוא דבר שיש בו כדי לגנות אותה על בעלה הנוכחי.¹³³ כדי למנוע תוצאה זו, עלינו לפרש את המילים "ובן אין לו" – בשעת מיתה, ואין זה מעלה ומוריד מה קרה לאזור מכן.

דבא אינו מעורר כל פרכא נגד עצם הנכונות של הקל וחומר, ולכן היה עלינו לפרש את הפסוק לאור המסקנה המתבקשת מקל וחומר זה. אך נגד כוחה הרב של מידת קל וחומר עומד כאן הכלל של "דרכיה דרכי נועם" – שיהא בכך משום גינויה של האישה על הבעל שנישאה לו – וכלל זה מכריע את הכף, ולאורו נקבעת ההלכה, שאם בשעת פטירת בעלה היה קיים בן, ומשום כך נפטרה מזיקת ייבום, הרי היא ממישיכה לעמוד בפטורה גם אם נפטר הבן לאחר מכן.

מאלף הוא הסברו של רבי שלמה לוריא, המהרש"ל, מגדולי חכמי פולין במאה השש-עשרה, לעיקרון זה של דרכי נועם: "דרכיה דרכי נועם" יהיה הכלל בנועם ומזג השרה, לא שיהא העניין מעוקם, שאחת תהא שרויה בשמחה, והשניה – בצער.¹³⁴ כלומר, אם נקבל את המסקנה הנובעת מקל וחומר, נבוא למצב כזה, שלאישה שבנה מת בטרם נישאה לא ייגרם כל עוול על-ידי חובת החליצה, כי מה אכפנו לה לחלוץ. אך אותה אישה שנישאה, ולאחר מכן מת בנה מבעלה הראשון, לה ייגרם הצער לחלוץ כשהיא נשואה, ולהתגנות על-ידי כך על

129 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 263 ואילך, 270 ואילך.

130 שם, עמ' 292 ואילך.

131 יבמות, פז, ב.

132 להסבר הקל וחומר, ראה: שם.

133 ראה: רש"י, שם, ד"ה "דרכיה דרכי נועם".

134 חכמת שלמה, יבמות, שם.

הדין, האמת, השלום והפשרה

בעלה הנוכחי. בתוצאה זו היה כדי לפגוע בהנחיה של "דרכי נעם", המחייב תוצאה שווה, ללא הפליה, של הוראת החוק לגבי כל אחד ואחד.

מן הראוי להעיר כי לעתים גרמה חובת הייבום, מקדמת דנא, ובייחוד בתקופות מאוחרות יותר, למצבים לא קלים לאלמנה שמנועה היתה מלהינשא לאחר, כשהיו הפרשי גיל גדולים בינה ובין היבם, גיסה, וכיוצא באלה, ומתקופה קדומה מאוד היה שנוי במחלוקת אם חליצה קודמת או ייבום, ומנהגים שונים נהגו בעניין. סמוך לאחר קום המדינה, בשנת תשי" (1950), לרגל העלייה הגדולה מכל תפוצות הגולה, שהביאה עמה נהגים שונים בכל דיני המשפחה, התקינה הרבנות הראשית מספר תקנות שבאו "לחדש תקנותיהם של רבותינו הקדמונים וצ"ל ולהוסיף עוד תקנות כאלה שהשעה מחייבת אותם – מפני דרכי שלום ושלום הבית בישראל... ואחדות במדינת ישראל, שלא תהיה התורה כשתי תורות". בין תקנות אלה נקבע איסור ייבום וחיוב לחלוץ.¹³⁵

(ב) התרת עגונות

אחד הנושאים הקשים והרגישים בדיני משפחה במערכת המשפט העברי הוא הנושא של עגינות האישה. על-פי הדין העברי, גירושין של זוג נשוי אינם מתבצעים על-ידי פסק-דין שניתן על-ידי בית המשפט, כפי שכך הוא ברוב המערכות המשפטיות האזרחיות. על-פי המשפט העברי, פסק-דין של בית-דין רבני, שלפניו באה תביעת גירושין, המחייב את אחד הצדדים בגירושין, אינו קונסטיטוטבי, היינו שמכוח עצם החלטת בית-הדין בני הזוג נחשבים כמגורשים, אלא הצהרתי; כלומר, שבית-הדין מצהיר שעל בני הזוג להתגרש, אך הגירושין מבוצעים ונכנסים לתוקף על-ידי פעולת בני הזוג, היינו מתן הגט וקבלתו. מתוך כך, יש ונוצרות נסיבות, שעל אף החלטת בית-הדין הרבני בדבר גירושי בני הזוג, אין הגירושין מתבצעים על-ידם, כאשר הבעל מסרב להיענות לפסק-הדין ולתת את הגט, והאישה נשארת בעגינותה ואינה יכולה להינשא. מקרה אחר של עגינות האישה הוא כאשר הבעל נעלם, ואין מספיק עדויות קבילות בדבר מותו, שאזי האישה עגונה ומנועה מלהינשא. חכמי ההלכה התגברו על בעיות קשות אלה הרובצות לפתחה של אישה עגונה על-ידי שורה של הקלות מרחיקות לכת בדבר הוכחת מות הבעל, גם ללא עדות אלא מפי השמועה ורמזים בלבד, על-ידי הפקעת הקידושין באופן רטרואקטיבי באופן שהאישה לא היתה מעולם, כביכול, נשואה, וכיוצא באלה. מתקופת התנאים ואילך נמצאו בעולמה של הלכה דרכי פתרון שונות כדי להתיר את האישה מכבלי עגינותה, וזו אחת התופעות המאלפות בעולמו של המשפט העברי של פתרון בעיה אנושית, שיש עמה סכל רב, בדרכי יצירה משפטיים נועזים ומרחיקי לכת; דנתי בכך רבות במקומות אחרים,¹³⁶ תוך כדי דיון בצורך הדחוף לעשות ביתר נמרצות למען פתרונה של בעיית עגינות האישה בימינו, שעולה היא בעיקר כאשר הבעל מסרב לתת את הגט.¹³⁷

135 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 675.

136 שם, עמ' 335, 352 ואילך, 428 ואילך. 464, 500, 653, 655, 687 ואילך, 1248 ואילך.

137 שם, עמ' 676, 711, 1390, 1415, 1474, 1508, 1519.

מנחם אלון

דברים רבים וגדולים נאמרו על־ידי חכמים בתקופות השונות בעניין הרקע והנימוקים להחקנת תקנות עגונות.¹³⁸ מאלפים הוא דבריו של המהרש"א, ר' שמואל אידלס, מגדולי פרשני התלמוד בפולין במאה השבע־עשרה, לעניין תקנות שונות כדיני אישות בכלל, ובענייני עגונות בפרט, שעניינם בנושא דיונונו – השלום והמשפט. דבריו מוסבים על סיומה של מסכת יבמות: "אמר ר' אלעזר אמר ר' חנינא: תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם שנאמר (ישעיה, נד, יג): 'וכל בניך למודי ה', ורב שלום בניך'".¹³⁹ המהרש"א מסביר על שום מה מוטיבית מסכת יבמות בדבריו אלה של ר' אלעזר בשם ר' חנינא. תחילה עומד הוא על הפתרון הנועזים והתמוהים שבמסכת זו בכל הנוגע למניעת עגינותה של האישה, וענייני חליצה ויינום:

לפי שיש במסכת זו דברים תמוזזים לכאורה, כאילו עוקרים דבר מן התורה. דברק האישה (יבמות, פט, ב) פריך (= שואל): וכי בית דין מתנין לעקור דבר מן התורה בכמה דברים? ומשני לה (= ומתריך את השאלה): והתוספות שם בריש פירקין (יבמות פת, א, דיבור המתחיל מתוך חימר שהחמרת): "גבי (= ועניין) עיגונא הקילו בה רבנן", כתבו: "ואין זה עקירת דבר מן התורה כיון שדומה הדבר הגון להאמין" כו' עיין שם; והוא דחוק. גם בשמעתין (יבמות, קכב, ב) – היאך הקילו באשת איש לעקור דבר מן התורה, דהא מן התורה בעי דרישה וחקירה?¹⁴⁰ גם בפרק קמא (יבמות, טו, א) דאמרינן: הנך צרות לבית הלל היכי ניעבד, ליחלצו – גמאסו אגובריייהו (= על בעליהם). וכי תימא לימאסן, דרכיה דרכי נועם. וכן בסוף פרק יש מותרות (יבמות, פז, ב): ולא נעשה מתים כחיים מקל וחומר וכו' – תלמוד לומר דרכיה וגו'; והוא תמוה לכאורה, וכי משום דלא נימאסן (= שלא יימאסו) נימא (= נאמר) דפטורה מחליצה?¹⁴¹

ולזה סיים במסכת זו בדרש הזה, תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם... ורוצה לומר, דאין זו עקירה מן התורה, אבל דברים אלו נוגעים במדת השלום... דלא אתיא (= שלא יבואו) לידי חליצה ויבום, דזה מניא קטטה, דשמא הוא לא יחלוץ והיא לא תחפוץ בו ותבא לידי עיגון ואין זה שלום... ואמר שלום רב לאוהבי תורתך -- דאין זה עקירה, אלא ממדת שלום שלא תעגן האישה, וכתוב דרכיה דרכי נועם...

ומוסיף ואומר המהרש"א בהמשכם על דבריו לאמור:

ומסיים (תהלים, כט, יא): ה' עוז לעמו יתן, שאין זה עקירת דבר מן התורה, כי הקדוש ברוך הוא נתן עוז וכת לעמו, שדם תלמידי חכמים, בדבר הזה להיות מקילין בדבר, שהרי ה' יכרך את עמו בשלום, כמו שכתוב: וכל נתיבותיה שלום, ואין כאן שלום, אם

138 ראה לעיל הערות 136, 137.

139 חידושי הלכות ואגרות מהרש"א, סוף מסכת יבמות, קכב, ב.

140 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 500.

141 שם, עמ' 325.

הדין, האמת, השלום והפשרה

תתעגן. וברוך הזה יתפרש המקרא (במדבר, ו, כו): ישא ה' פניו אליך, גם לעקור דבר מן התורה, לפי – שישים ה' לך שלום.¹⁴²

(ג) שלום בית – שלום בעולם

מאלפים הם דבריו של הרמב"ם בנושא שהוא מתחום המשפחה, גם אם אינו נמנה על דיני המשפחה שבמערכת המשפטית. הנושא הוא – נר שבת ונר חנוכה – איזה מהם עדיף? בשאלה זו דן הרמב"ם בסוף הלכות חנוכה:¹⁴³

מצות נר חנוכה מצוה חביבה היא עד מאוד, וצריך אדם להזהר בה כדי להודיע הנס ולהוסיף בשבח האיל והודיה לו על הנסים שעשה לנו. אפילו אין לו מה יאכל אלא מן הצדקה, שואל או מוכר כסותו ולוקח שמן ונרות ומדליק. הרי שאין לו אלא פרוטה אחת ולפניו קידוש היום (= לקנות יין לקידוש של שבת) והדלקת נר חנוכה – מקדים לקנות שמן להדליק נר חנוכה על היין לקידוש היום; הואיל ושניהם מדברי סופרים מוטב להקדים נר חנוכה שיש בו זכרון הנס. היה לפניו נר ביתו (= נרות של שבת שמצוה להדליקן משום שלום בית) ונר חנוכה או נר ביתו וקדוש היום – נר ביתו קודם משום שלום ביתו, שהרי השם נמחק לעשות שלום בין איש לאשתו. גדול השלום, שכל התורה ניתנה לעשות שלום בעולם, שנאמר "דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום".¹⁴⁴

הרמב"ם משלב ומדגיש את הנימוק הדתי-המוסרי של ההלכה, שהוא דן בה, ומסיים ברעיון מוסרי כללי בדבר ערכו של השלום בין איש לאשתו, בין אדם לחברו ובין באי עולם בכלל.

4. דיני נזיקין

(א) גרימת נזק

במערכת המשפט העברי נקבעה שורה של הלכות, שלפיהן חייב אדם להרחיק גם בתוך רשותו דבר שיש בו כדי להזיק לחברו.¹⁴⁵ רבינו אשר, הרא"ש, מגדולי חכמי ההלכה במאה השלוש-עשרה, קובע כי יסודן של הלכות אלה "כי 'דרכיה דרכי נעם וכל נתיבותיה שלום', והקפידה תורה שלא יעשה אדם בתוך שלו דבר הגורם הזיק לחבירו".¹⁴⁶

142 וראה עוד דברי סיום של המהרש"א למסכת נזיר בעניין שיפוט צדק ושלום, ודברי סיום למסכת ברכות שטעמם של התפילות והברכות להרבות שלום בעולם, בין ישראל לאביהם שבשמים "ובכן אל השלום ישם שלום". וראה להלן פרק ה, 2(א)(3) טקסט ליד הערה 272, דבריו של הרב קוק לעניין "מרבית שלום בעולם".

143 רמב"ם, מגילה וחנוכה, ד, יב-יד.

144 משלי, ג, יז.

145 בבא בתרא, יז, א ואילך, פרק שני.

146 שו"ת הרא"ש, כלל קז, אות י. וראה לעיל הערה 124, מפתח השו"ת. וסביר להניח שזהו גם המקור לדינים המיוחדים שבמשפט העברי ש"היזק רָאָה שְׁמִיָּה הִיזָק" (= היזק על-ידי ראייה לתוך חצרו או ביתו של חברו, שמו היזק), שאדם המסתכל לתוך חצרו של חברו הריהו מויק – ראה: בבא בתרא, ב, ב ואילך.

דוגמה מעניינת של תקנה שתיקנו האמוראים כדי למנוע קטטה והפרת שלום היא בתחום האחריות לנזיקין שבין הבעל לאשתו. על-פי המשפט העברי, מוטלת על הבעל המזיק לאשתו אחריות מלאה לשלם לה את מלוא נזיקיה, ובכסף זה אין לבעל כל זכות, אף לא ברווחים שמופקים ממנו, כדרך שהוא זכאי בהכנסה מסוג מסוים של נכסי האישה. וכן מוטלת אחריות משפטית זו גם על האישה, אם הזיקה לבעלה.¹⁴⁷ מתוך כך התעוררה אצל אמוראי ארץ-ישראל השאלה הבאה:¹⁴⁸

שיברה את הכלים (= אשה ששיברה את הכלים בבית), מה את עבד לה (= מה דינה, כלומר מה מידת אחריותה לנזק), כשומרת חנם (שהרי אין היא מקבלת שכר, ולכן היא פטורה כל עוד לא התרשלה)¹⁴⁹ או כשומרת שכר (מאחר שמעשי ידיה תחת מזונותיה, הרי היא כשומרת שכר ואינה פטורה אלא במקרה של אונס)? מסתברא מיעבדינה כשומרת שכר (= מסתבר, שמבחינת הדין דינה כשומרת שכר). אמרין: אפילו כשומרת חנם אינה, אם אומר את כן – אין שלום בתוך ביתו לעולם (= אבל אמרו,

147 בבא קמא, לב, א; שם, פט, א-ב; רמב"ם, חובל ומזיק, ד, טז-יח; שולחן ערוך, אבן העזר, פג, ב; חושן משפט, חכא, יב; שם, חכד, י-יא. יש לרמוז כאן למשפט האנגלי, שעמדתו בעניין זה שונה לחלוטין מן המשפט העברי ויסודה בפרשנות מסוימת לפסוק שבתורה, בראשית ב, כד: "על כן יעזב איש את אביו ואת אמו ודבק באשתו והיו לבשר אחד". מפסוק זה הוסקה המסקנה המשפטית: "By Marriage, the husband and wife are one person in Law". ומכאן שלל המשפט האנגלי אפשרות של קיום עסקאות משפטיות שונות בין הבעל לאשתו, כגון עשיית הוזה כיניהם, אפשרות של תביעת נזיקין הדדית וכיוצא באלה (ראה: G.L. Williams "The Legal Unity of Husband and Wife" *M.L.R.* (1947), Vol. 10, p. 16-31). כעבור הזמן נתרכבו התוצאות המשפטיות הקשות הנובעות מ"אחידות משפטית" זו שבין הבעל לאשתו, אך עזיין נשארו כמה מתוצאות אלה במשפט האנגלי גם כיום, ואחת מהן היא, שאין תביעת נזיקין בין בעל לאשתו; מגמת המשפט האנגלי היא ביטולו של רעיון זה של אחידות משפטית בין הבעל לאשתו (ראה, למשל: *Gottliffe v. Edelston*, (1930) 2 K.B., p. 378, at p. 384). בעקבות המשפט האנגלי היתה גם במשפט הישראלי (סעיף 9 לפקודת הנזיקין האזרחיים 1947-1944 – סעיף 18 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)) הוראה, שאין להגיש תביעה של בן זוג נגד בן זוגו בשל עוולה שנעשתה לפני נישואיהם או כל עוד נישואיהם שרירים. בית המשפט העליון נתן להוראה זו פירוש מצמצם – בניגוד לחוק האנגלי – והוא שאין הוראה זו באה להכניס לחוק הישראלי את הרעיון המאטריאלי בדבר אחידות משפטית בין בעל לאשתו, אלא משמעותו היא פרוצדורלית בלבד, היינו שאמנם יש עילת נזיקין בין בעל לאשתו אלא שעילת תביעה זו אינה אכיפה על דרך של תביעה משפטית (ע"א 479/60 אפלשטיין נ' אהרוני, פ"ד טו 682, בעמ' 694-695; בחוק להסדר התדיינות בין בני זוג, התשכ"ט-1969, בוטל סעיף 9 ונקבעה נז הוראה בכיוון דומה למה שנפסק בבית המשפט העליון). בין השאר, נותן בית המשפט העליון (מפי: שופט חיים כהן) את דעתו על המקור, שממנו שאב המשפט המקובל האנגלי את רעיון האחידות המשפטית שבין הבעל לאשתו (שם, עמ' 699): "רעיון האחידות בין בעל ואשה... מעולם... לא היה חלק של המשפט העברי. זאת היא דוגמה אחת מני אחדות לפרשנות המקרא מפי שופטים נוצריים באנגליה אשר אינה עולה בקנה אחד עם פרשנות אותו המקרא לפי המסורת העברית היא; ולגבי דינו לא היה זה אלא חוסר טעם, אילו אימצנו לעצמנו הלכה למעשה את הפרשנות הנוצרית, ונחננו את הפרשנות העברית המסורתית" (וראה: שם, עמ' 699-700). ואכן, הפסוק שכבראשית "והיו לבשר אחד" נחפרש על-ידי חכמי ההלכה ופרשני המקרא בדרכים שונות, אך איש לא העלה על הדעת להוציא מכאן מסקנה כזו בר אחידות משפטית בין הבעל לאשתו.

148 ירושלמי, כתובות, פרק ט, הלכה ד.

149 שומר חנם חייב רק בפשיעה, היינו ברשלנות; שומר שכר חייב גם כגנבה ובאכרה – אם אבד החפץ או שנגנב – ופטור רק על אונס.

הדין, האמת, השלום והפשרה

שאינן היא אחראית על שבירת הכלים אפילו כשומרת חנם, שאם תאמר כך ותחייב אותה אין שלום בתוך הבית לעולם.¹⁵⁰

וכך מסוכמת הלכה זו ברמב"ם:¹⁵¹

האישה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה¹⁵² בתוך ביתה – פטורה. ואין זה מן הדין אלא תקנה; שאם אין אתה אומר כך – אין שלום בתוך הבית לעולם, אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות ונמצאת קטטה ביניהם.

(ב) עשיית דין עצמית

מאלף הוא, מבחינת נושאנו, הדיון בעולמו של המשפט העברי באשר לעשיית דין עצמית. השאלה נידונה על ידינו במפורט בפרשת דוונשטיין נ' סלומון,¹⁵³ ונעיין בדברים אחרים הימנה. במקרה זה רבו ביניהם בעלי משקים שכנים על שטח מסוים שמעובד על ידי א', וב' – שטען כי שטח זה הוא שלו – פלש לשם והציב אבנים בתוכו כדי למנוע מא' להמשיך ולעבדו. השאלה שעלתה היתה, אם בית המשפט ידון בעת ובעונה אחת גם בטענה של עשיית דין עצמית וגם בטענה שהחלקה אכן שייכת למי שעשה דין לעצמו. בחלק ניכר מפסק-דיני דנתי בעמדת המשפט העברי בסוגיית עשיית דין עצמית, שנחלקו בה רב נחמן ורב יהודה.¹⁵⁴ בספר ההלכות הראשון, המצוי בידינו מלאחר התלמוד, הוא ספר השאלות לרב אחאי משבתא, במאה השביעית בבבל, נפסק לאמור:

מאן דאית ליה דינא בהדי חבריה, אסיר ליה למיעבד בהדיה באלמותא, אלא מיבעי ליה למיזל לגבי דינא ומיפסק להון דינא דאורייתא, וקבולי עליהון דינא; דעל קושטא מתקיים עלמא, כדתנן (אבות, פרק א, משנה יח): על שלושה דברים העולם קיים – על הדין ועל האמת ועל השלום.¹⁵⁵

תרגומם של דברים:

מי שיש לו דין עם חברו, אסור לו לנהוג עמו באלמות, אלא עליו ללכת לדיין שיפסוק להם דין תורה, ויקבלו עליהם את הדין; שעל האמת מתקיים העולם, כפי ששנינו (אבות, פרק א, משנה יח): על שלושה דברים העולם קיים – על הדין ועל האמת ועל השלום.

150 אותו נימוק מובא בירושלמי, שם, להסבר דעת חכמים שבמשנה, כתובות ט, ד.

151 רמב"ם, אישות, כא, ט.

152 בסוגיית הירושלמי לא נאמר, שהפטור הוא בשעת מלאכה דווקא. וראה: שו"ע אבן העזר, פ, בחלקת מחוקק, סעיף קטן כט. כנראה, הרמב"ם מפרש כך לאור נימוקו "נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות".

153 ע"א 756/80 דוונשטיין נ' סלומון, פ"ד לח (2) 113 (להלן: פרשת דוונשטיין).

154 בבא קמא, כז, ב.

155 בפתיחה לשאלתה ב. פרשת דוונשטיין, לעיל הערה 153, עמ' 129-131.

מנחם אלון

בעל השאלות פוסק אפוא כדמות רב יהודה, שאין אדם עושה דין לעצמו, אלא עליו להגיש את תביעתו לבית המשפט. וזונימוק הוא למנוע אלימות, כי העולם קיים על האיזון שבין שלושה ערכי יסוד – הדין, האמת והשלום. לפי פשוטם של דברי בעל השאלות אין הם מתייחסים למקרה של הדיפת הגזלן או הפולש בשעת מעשה הגזלה או הפלישה כדי למנוע את מעשה הפלישה או הגזלה, אלא לאחר שזו כבר בוצעה, כפי שמשתמע מהמילים: "מי שיש לו דין עם חבירו".

וכך היא דעתו של ר' מנחם ברוך שלמה (המאירי) – המאה השלוש-עשרה, פרפניאן, דרום צרפת – שדומה שדעת יחיד היא בתקופתו בסוגיה זו של עשיית דין עצמית. וזו לשונו:

כל שאונס דבר לחברו, וחברו האונס (ל)שם ורואה באנסו, ואפשר לו לברר אף לאחר מעשה שאותו עניין אונס אצלו (= היינו שברור שהנכס נלקח ממנו שלא כדין), יש לו רשות לעשות דין לעצמו ולדחותו שלא לעשות לו אונס זה, אפילו הכהו על זה כמה הכאות אין לו חיוב אם אי אפשר לו למנוע בלא כך, ...הואיל והוא (ל)שם בעוד שזה אונסו – עושה דין לעצמו ומנהו עד שידחה מעליו; הא כל שעבר האונס, כגון שכבר גזלו או גנב לו, או שכונד הלוהו ואינו רוצה לפרעו, אינו בדין זה; לא אמר זה אלא בעוד שהוא אונסו.¹⁵⁶

לדעת המאירי, עשיית דין עצמית מותרת רק בשעת מעשה האונס, שאזי מותר לו להשתמש בכוח אם אינו יכול לדחות מעליו את הגזלן בדרך אחרת. אבל אם כבר בוצעה התפיסה הבלתי חוקית, אינו רשאי לעשות דין לעצמו אלא עליו לתבעו כדין.

לדעת רוב הפוסקים, אדם עושה דין לעצמו גם לאחר שבוצע מעשה גזלת החפץ ממנו וגם לאחר שהסתיימה הסגת הגבול ומקרקעין שלו. פסיקה זו, היתוספו בה שורה של תנאי יסוד מוקדמים, אימתי רשאי אדם לעשות דין לעצמו, כגון כאשר "מבורר וידוע לכל" שהנכס הוא שלו, וכן נקבעו סייגים מהותיים בדבר האמצעים שמותר לו לנקוט בעת עשיית הדין העצמית; וכשלא נגרם לו הפסד, אסור שעשיית הדין העצמית תהא מלווה בכוח וצריך שתיעשה במיעוט גרימת נזק לגזלן ולמסיג הגבול, ככל האפשר.

אין המשפט העברי מתעלם מן הזושר הקיים בעשיית דין עצמית – גם בהגבלות ובסייגים האמורים – להפרת הסדר ושלום הציבור. גישה זו עולה בקנה אחד עם קיומה של מדיניות משפטית עקרונית במשפט העברי, שלפיה נקבעה שורה ארוכה של דינים והלכות בכל תחומי מערכת המשפט, שיסודם ומגמתם ברעיון השמירה על שלום הציבור ומניעת אלימות לכל סוגיה וצורותיה. כך מצויה שורה של תקנות שהתקינו חכמים מפני דרכי שלום¹⁵⁷ וכדי למנוע מעשי קטטה ואיבה;¹⁵⁸ ועיקרון זה של פסיקת-הדין כדי למנוע הפרת שלום הציבור יסוד

156 המאירי, בית הבחירה, בבא קמא, כז, ו.

157 משנה, גיטין ה, ח.

158 חגיגה, כב, א; כחובות, מז, א; שם, וח, ב; קידושין, סג, א; בבא מציעא, י, א; שם, יב, ב; ירושלמי, כחובות, פרק ט, הלכה ד; רמב"ם, אישות, כא, ט; וראה במפורט: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 516 ואילך.

הדין, האמת, השלום והפשרה

גדול הוא בפסיקתם של חכמים.¹⁵⁹ ואף מצאנו, כי אלימותו של אחד מבעלי הדין יש שמביאה היא לשינוי מהותי בסדרי הדין והראיות, עד כדי הטלת חובת ההוכחה על בעל דין הידוע כאדם אלים – בניגוד לכלל שהמוציא מחברו עליו הראיה – כאשר העדים חוששים להעיר נגדו מפאת אלימותו.¹⁶⁰

גם בסוגיית עשיית דין עצמית שם המשפט העברי נר לרגליו את מגמת היסוד של שמירת הסדר הציבורי ומניעת מעשי אלימות, כפי שראינו בדברי הנמקתו של ר' יצחק ברי' משה, בעל אור זרוע (המתצית הראשונה של המאה השלוש-עשרה, וינה, אשכנז), שעשיית דין עצמית אינה מותרת אלא במקרה שהוא בא להוציא את הנכס שלו מידי מי שברור שגולו ממנו, שאם לא נאמר כן – "כל אחד ואחד יאמר לחבירו האי דידי (= זה שלי) ... אם כן – לא שבקת חי לכל בריה (= אין אתה מניח לחיות לשום אדם)".¹⁶¹

ומוסיף ואומר ר' שלמה לוריא, בהנמקתה של אותה דעה עצמה: "דאם כן, לא שבקת חי לכל בריה, דכל אחד יהיה תוקף בטליתו של חברו, ויאמר שלי הוא ויהיה נאמן בטענת ברי, ואם כן – כל מאן דאליים גבר!"¹⁶²

אך כאשר מדובר ברכושו של אדם שנגזל הימנו, ומעשה הגזלה ברור הוא על פני הדברים, מכיר המשפט העברי בזכותו של אדם זה להשיב את הרכושו לעצמו בעצמו, ובמקרה זה, ביצוע זכות זו עדיף בעיני המשפט העברי מהחשש, שמא עשיית הדין העצמית תביא בעקבותיה להפרת שלום הציבור.

על תיאור זה של עמדת המשפט העברי בסוגיית עשיית דין עצמית יש להוסיף, כי אם התנאים החברתיים-המוסריים, הקיימים במציאות מסוימת, מחייבים העדפת הדאגה לשלום הציבור על פני זכותו של הנגזל להשיב את גולתו לעצמו בדרך של עשיית דין עצמית, שאז יש ומן הראוי להעדיף את הדאגה לשלום הציבור על פני הזכות של עשיית דין עצמית, גם במקרה שבו זכות זו מוכרת היא, בדרך-כלל. ואם אין ראייה לדבר במקורות המשפט העברי בסוגיה המיוחדת שלפנינו בדבר עשיית דין עצמית, הרי זכר לדבר מצאנו במשפט העברי בסוגיה הקרובה לנושא דיונו. מעשה שבא לפני ר' יעקב ריישר, מגדולי ההלכה שבפולין במאה השמונה-עשרה, בעניין מחלוקת בין שני שותפין בקשר לאופן חלוקת מרתף המשותף לשניהם, כאשר השותף האחד דרש שחלקו במרתף יהא זה שסמוך לביתו.¹⁶³ ר' יעקב ריישר בא למסקנה, שבנסיבות העניין שלפניו ולרגל חילוקי הדעות בפוסקים אם בכגון דא כופין על מידת סדום, הדין הוא כי כל דאליים גבר, היינו "שמי שיודע שהאמת אתו ימסור נפשו על שלו". אך ר' יעקב ריישר בא למסקנה שלא להכריע לפי דין זה, אלא פסק, שיש להטיל גורל בין השותפין. וכל כך למה? כי –

159 ראה, דרך משל, שו"ת צמח צדק לר' מנחם מנדל קרוכמל, ב; וראה רמב"ם, מגילה וחנוכה, ד, יד, לעיל ליד טקסט להערה 143.

160 כתובות, כז, ב; בבא מציעא, לט, ב – "הכי דיינינא לך ולכל אלימי דחברך"; וראה: רמב"ם עדות, ג, יב; שו"ת הריב"ש, סימן קע.

161 אור זרוע, פסקי בבא קמא, פרק ג, סימן קמה.

162 ים של שלמה, בבא קמא, פרק ג, סימן ה.

163 שו"ת שכות יעקב, ח"ב, סימן קסז; פרשת דנושטיין, לעיל הערה 155, עמ' 133-134.

מנחם אלון

ליבי אומר לי... הטעם דכל מי שהאמת אתו ימסור נפשו על דבר זה... לא שייך בדורות הללו, שרכו המתפרצים והגזלנים והאלמים שמוסרין נפשם גם כן על ממון שאינו שלהם... על כן יחלוקו על פי הגורל. כך נראה לי, אף על פי שהוא דבר חדש, שלא נמצא בפוסקים ראשונים או אחרונים לחלק כן, מכל מקום למען האמת והשלום לפי צורך השעה יש לפסוק כן. ובוזאי יטכימו על זה תברי ורבותי לפי דורות הללו.

דברים מאלפים אלה, תפיסת יסוד הם בעולמו של המשפט העברי. הכרעת הדין "למען האמת והשלום לפי צורך השעה" היא עקרון-על, ויש וגובר הוא על הדין כדי לעמוד בפני "המתפרצים והגזלנים והאלמים שמוסרין נפשם גם כן על ממון שאינו שלהם".

5. רפואה ומשפט; העיקרון הפסיקתי של "דרכיה דרכי נועם" בנושא הרפואה והמשפט, בעולמו של המשפט העברי, ממלא עקרון-העל של השלום תפקיד מרכזי.¹⁶⁴ שלום בין אדם לאדם, בין אדם לעולם בין אדם לבורא. השלום הוא עקרון-העל של קדושת החיים. ביטוי לכך נמצא בדבויי הבאים של הרמב"ם, בנמקו את העיקרון שהצלת חיי אדם דוחה שמירת דיני השבת: "ואסור להתמהמה בחילול שבת לחולה שיש בו סכנה... שאין משפטי התורה נקמה בעולם, אלא רחמים וחסד ושלום בעולם".¹⁶⁵

עיקרון פסיקתי מאלף בנושא הרפואה והמשפט נקבע על-ידי הרדב"ז, רבי דוד אבן זמרה, רבה של מצרים וארץ-ישראל במאה השש-עשרה ומגדולי המשיבים בעולמה של הלכה, שהימנו פינה והימנו יתד בדרכי פתרון של בעיות בסוגיית הרפואה וההלכה.

עיקרון זה בא לכלל ביטוי בהקשר של זיון בסוגיית חובת ההצלה של הזולת. כלל גדול בעולמה של הלכה, כי "כל היכול לדציל ולא הציל - עובר על לא תעמוד על דם רעך".¹⁶⁶ כאשר אין סכנה למציל עצמו, ודאי שחובת ההצלה המוטלת עליו עליונה ומוחלטת היא. אך השאלה הקשה היא, עד היכן חייב האדם - ואולי אפשר לגסס גם עד היכן מותר לו לאדם - לסכן את חייו הוא כדי להציל את זיי חברו? שאלה זו הטרידה לא מעט את חכמי ההלכה, ולדעת כמה פוסקים, צריך אדם אפילו להכניס עצמו לסכנה כדי להציל את חברו מסכנה ודאית.¹⁶⁷ אך רבים אחרים נחלקו על כך.¹⁶⁸

הוצאת איבר מגופו של אדם, לשם השתלה בגופו של חברו כדי להצילו, נקשרה לאחרונה בדיוניהם של חכמי ההלכה בשאלה האמורה בדבר הסכנה שעלולה להיות בכך לתורם. אך בעיה זו נידונה אף מעבר לכך: האם בכלל יש מקום לחייב אדם - אף כדי להציל את חברו - לתרום אתר מאיבריו? מאלפת היא תשובתו של הרדב"ז, על שאלה שעלתה על רקע המציאות הטראגית-ההירואית של הגולה ויחסי השלטון הזר למיעוט היהודי שכתוכו.

164 ראה: פרשת שפי, לעיל הערה 128.

165 רמב"ם, שבת, כ, ג.

166 ויקרא, יט, טז; ראה: סנהדרין, עג, א; רמב"ם, רוצח ושמירת נפש, א, יד-טז; טור, חושן משפט, סימן תכו; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן זכו.

167 בית יוסף, טור, חושן משפט, סימן תכו, דיבור המתחיל "ומה שכתב".

168 סמ"ע, שו"ע, חושן משפט, תכו, סעיף קטן ב.

הדין, האמת, השלום והפשרה

וזוהי השאלה: "שאלת ממני, אודיעך דעתי על מה שראית כתוב, אם אמר השלטון לישראל: הנח לי לקצץ (ממך) אבר אחד שאינך מת ממנו, או אמית ישראל חבירך?"¹⁶⁹ כיצד חייב יהודי זה להתייחס, על-פי ההלכה, להצעה דרקונית זו? בהמשך שאלתו מוסיף השואל, כי יש אומרים שהיהודי חייב להרשות לקצוץ האיבר, כיוון שאין בכך סכנת מוות, כדי להציל את חברו היהודי ממוות, כדין פיקוח נפש הדוחה כל מצווה שבתורה. בתשובתו, תוך דיון הלכתי מפורט, משיב הרדב"ז, שגם אם ברור שקיצוץ האיבר לא יביא את הנפגע לידי סכנת נפשות, אין הוא חייב להרשות שיעשו זאת לו כדי להציל את חברו, אך מותר לו להרשות כך, ומידת חסידות היא זו. מאלף הוא סיכום דיונו:

ותו (= ועוד), דכתיב: "דרכיה דרכי נועם" (משלי, ג, יז), וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא. ואיך יעלה על דעתנו שיניח אדם לסמא את עינו או לחתוך את ידו או רגלו כדי שלא ימיתו את חבירו? הלכך איני רואה טעם לדין זה אלא מידת חסידות, ואשרי חלקו מי שיוכל לעמוד בזה. ואם יש ספק סכנת נפשות – הרי זה חסיד שוטה, דספיקא דידיה עדיף מוודאי דחבריה (= הספק שלו עדיף מהוודאי של חברו).

הוצאת איבר מן האדם כדי להציל את חברו, גם אם אין בה סכנה לתורם, אין מקום לחייב את האדם לנהוג כך, כי זה נוגד את העיקרון הגדול, שדרכי התורה דרכי נועם, וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא; מכוחם של אלה אין להעלות על הדעת לחייב אדם לתת איבר מגופו כדי להציל את חברו. אבל יש בהתנהגות זו משום מידת חסידות, שזמן הראוי שאדם ינהג כך, כמתנדב ולפנים משורת ההלכה.¹⁷⁰ על תשובה זו אמרנו בפרשת שפר:

תשובה זו של הרדב"ז משמשת אחד המרכיבים המרכזיים בדיונים של חכמי ההלכה בדורנו באשר לתרומת כליה, כדי להשתילה בגופו של אדם אחר, גם מתוך האספקטים של הסכנה לתורם, ואם רשאי אדם לחבול בעצמו וכיוצא באלה שאלות שבהלכה, שבמקצתן עמדנו עליהן במקום אחר. בדבריו אלה של הרדב"ז דנו במפורט בקשר לבעיית הסכמתו של אדם להרשות להוציא איבר מאיבריו כדי להציל את זולתו הזקוק לאיבר זה לשם הצלת חייו...

ודומה, כי העיקרון שנקבע על-ידי גדולי הלכה זה בסוגיית השתלת איברים יפה הוא לכלל השאלות והבעיות העולות לפנינו בסוגיית רפואה והלכה, ובנושא דיונו. העיקרון הגדול שהנחה את פסיקתו של הרדב"ז כי "דרכיה דרכי נועם, וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא" צריך שישמש כקו מנחה בכל פסיקה, בכל עניין ועניין, בסוגיות הקשות והחמורות של רפואה והלכה, כשם שעיקרון זה יפה הוא, וחיוני הוא, בדרכי הפסיקה בעולמה של הלכה בכלל. והשימוש בעיקרון זה צריך

169 שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן אלף נב.

170 וראה עוד שו"ת הרדב"ז, חלק ה, ללשונות הרמב"ם, סימן אלף תקפב (ריח) ועל יישובן של שתי תשובות אלה; ולא כאן המקום להאריך; וראה: פרשת שפר, לעיל הערה 128, עמ' 129-131.

מנחם אלון

שייעשה בזהירות הדרושה, ובעיון רב, כחלק ממכלול העקרונות שעל פיהם יוכרע כל מקרה ומקרה לגופו, כשילוב הדרוש ובאיזון הראוי.¹⁷¹

בעולמם של חכמים "דרכי נועם" ו"נתיבות שלום" שימשו כשילוב הדרוש והאיזון הראוי, שבא זה ומשלים את זה, ויש שזוהים הדגש על הנועם ויש שעל השלום.¹⁷²

6. משפט ציבורי

עקרון העל של השלום שימש תפקיד מרכזי בפסיקות עקרוניות בתחום המשפט הציבורי העברי. והדבר מוכן מאליו, שהרי השלום הוא עיקרון מהותי ומובנה בכל הנוגע להסדרים משפטיים הלכתיים בתחום יחסי היחיי והציבור, הפרט והכלל. מפאת קוצר היריעה נציין בקצרה שתי דוגמאות בלבד.

בפרשת *זרז'בסקי*¹⁷³ נידונה שאלת תוקפו המשפטי של הסכם פוליטי. מאחר ששאלה זו, לא נמצאה לה הכרעה משפטית בחקיקה, בפסיקה ובהיקש, פניתי לשם הכרעה בה למורשת ישראל, בהתאם לאמור בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. באתי למסקנה כי אכן יש להסכם פוליטי תוקף משפטי מחייב על-פי תשובות מרובות של חכמי המשפט העברי.¹⁷⁴ בין היתר, מצאתי תימוכין לכך בתשובתו של המהרי"ק, ר' יוסף קולון, מגדולי המשיבים במאה החמש-עשרה באיטליה:

שהסכמת הרבים דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, ולכך אמרו שיהא דבריהם קיימין בזמן שכולם היו בהסכמה ובאגודה אחת, ולא יוכל אחד מהם לחזור בו ולהרוס מצב האמת והשלום.¹⁷⁵

עיקרון זה – שחכמים ביססוהו על הפסוק: "דרכיה דרכי נועם, וכל נתיבותיה שלום" (משלי, ג, יז) נקבע בעולמו של המשפט העברי כהנחיה כללית בדבר אופן השימוש בדרכי הפרשנות וכן מנחה בדרך פסיקת הדין; ובנושא סוגייתנו נקבע מכוחו של עיקרון זה, שהסכם שעליו בא הציבור או נציגיו, יש לו תוקף משפטי מחייב, אף ללא קניין, ואין אחד מבעלי הדין יכול לחזור בו "ולהרוס מצב האמת והשלום". דרכי הנועם, נתיבות השלום ומצב האמת מחייבים את הצדדים להסכם הציבורי, שלא לחזור בהם.

דוגמה מאלפת נוספת מצויה בתשובתו של ר' מנחם מנדל קרוכמל, בעל "צמח צדק", ממנהיגיה ומגדולי חכמיה של יהדות אשכנז במאה השבע-עשרה. בעל "צמח צדק" נשאל¹⁷⁶ בדבר זכות ההצבעה של חברי הקהילה למוסדות הקהל; לפי טענת העשירים, אין לעניים ולא לעמי הארץ – אלא אם כן הוא עשיר! – זכות ההצבעה. בתשובתו דחה בעל "צמח צדק" את

171 פרשת שפר, שם, עמ' 131.

172 וראה לעיל טקסט ליד הערה 124.

173 פרשת זרז'בסקי, לעיל הערה 127.

174 ראה: שם, עמ' 776 ואילך.

175 שו"ת מהרי"ק (דפוס לעמבערג, תקנ"ח), ניימן קעט [תשובה ראשונה]; שם (דפוס וארשה, תר"ל), סימן קפא.

176 שו"ת צמח צדק, סימן ב.

הדין, האמת, השלום והפשרה

טענתם. באשר להבחנה בין עשירים לעניים, שולל הוא הבחנה זו בדרך מאלפת, על-פי לימוד מדברי אגדה שמשווים את העני לעשיר, ועמדנו על כך במפורט במקום אחר.¹⁷⁷ ואשר להבחנה בין משקל קולו של עם הארץ לזה של תלמיד חכם, מסתמך הוא על האמור במסכת חגיגה:

אמר רב פפא: כמאן מקבלינן האידנא סהדותא מעם הארץ (= לפי דעתו של מי נוהגים היום לקבל עדות של עם הארץ – וזה בניגוד לדעת חכמים בכרייתא המוכאת בכבלי פסחים, מט, ב, שאין מקבלין עדות מעם הארץ)? כמאן כרבי יוסי (שסובר שם ש"הכל נאמנין על טהרת יין ושמן כל ימות השנה, כדי שלא יהא כל אחד ואחד הולך ובונה במה לעצמו ושורף פרה אדומה לעצמו).¹⁷⁸

ומכאן מסיק בעל "צמת צדק":

הרי מבואר שאפילו עדות מקבלין מעם הארץ מפני חשש איבה, כשיראו שמרחיקין אותם יבנו במה לעצמם. ומכל שכן בנידון דידן (= שלנו), אם ירחיקו את עם הארץ כל כך שלא לצרף אותם כלל אל הסכמת הקהל, ודאי שיהיה להם איבה ויבנו במה לעצמם ויהיו פורשים מן הציבור ומתוך כך ירכו מחלוקות בישראל, חס ושלום, לכן ודאי לאו שפיר דמי למיעבד כך (= אין זה נכון לעשות כך).

מניעת המחלוקת, שעשויה להביא לאיבה, ומתוך כך לפירוד ולבניית במה (= היינו קהילה) לעצמם, מתייבת את האחדות, שיכול ותיכונן על השלום שבין החלקים השונים שבאוכלוסיית הקהילה.

7. התקנת תקנות משום "דרכי שלום" ו"מניעת איבה"
כפי שעמדנו על כך, עקרון השלום שימש לא רק כדרך לפירושה של ההלכה ולפסיקת-הדין, אלא גם כעקרון-על ליצירת עקרונות, דינים והלכות, מתוך הנימוק של "דרכי שלום". תופעה דומה מצויה בעולמה של הלכה ביצירה על יסוד עקרונות-על נוספים, כגון העיקרון של "תיקון העולם".¹⁷⁹ יצירה זו, מכוח העיקרון של דרכי שלום, מצויה בידינו מתקופת התנאים ואילך, והיא נמשכה במשך כל הדורות, עד לפרוס האמנציפציה, בכל תחומי ההלכה, ובחלקה הניכר – בכל הנוגע למערכת המשפטית והשיפוטית שהפעילה הקהילה לרגל קיומה של אוטונומיה פנימית ושיפוטית בכל התקופות והתפוצות עד לפרוס האמנציפציה. במידה מסוימת, לפי הצורך, הותקנו תקנות כאלה גם לאחר מכן, וכפי שכבר עמדנו על כך לעיל,

177 המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 86-89; 2012-2014.

178 כב, א.

179 ראה, דרך משל, לעניינים שונים בכל תחומי המשפט: ביטול גט; זכויות אישה ואלמנה; תקנת פרוזבול; שחרור עבדים; פדיון שבויים; מכירת עצמו או רכושו לנכרים; דרך תשלום דמי נוק וחובות; יחסי אפוסטרופסות ויתומים; מצבם של קטינים; שיקום עבריינים; יחסים עם לגיונות האויב; ועוד; ראה בפירוט רב: גיטין, לב, א; שם, נט, א, ובפוסקים.

מנחם אלון

חזרה והופעלה סמכות התקנת התקנות - גם על-פי עקרון ה"דרכי שלום" - מאז הקמת היישוב עם תקופת התחייה הלאומית, וזקמת המדינה היהודית.¹⁸⁰ התקנת התקנות בתקופת התנאים מהטעם של דרכי שלום הקיפה תחומים רבים ומגוונים בעולם ההלכה, ומן הראוי לציין בעיגור ובמיוחד תקנות רבות בעניין יחסי שכנים, לעניין יחסים בתוך הציבור היהודי בין "חבר'ם"¹⁸¹ ובין "עמי הארץ",¹⁸² וחוגים חברתיים אחרים, ולעניין יחסים בין יהודים ושאינם יהודים.¹⁸³ היה בכך צורך רב כדי לקיים יחסים חברתיים נאותים, והחומר הוא מאלף מאוד.¹⁸⁴

בתלמודם של האמוראים מובאת זנמקה זו - בשינוי לשון - כאחד ההסברים לתקנות קדומות שלפניהם וכהנתייה לפעילות חקיקה משלהם. שורה ארוכה של תקנות התנאים בתחומים שונים של ההלכה מנומקות ודברי האמוראים - שהותקנו "משום איבה";¹⁸⁵ כגון תקנות שונות ביחסים המשפטיים שבין הבעל לאישה,¹⁸⁶ ובין האב לילדיו,¹⁸⁷ וכן תקנות שונות ביחסים שבין יהודים לנכרים.¹⁸⁸ לעניין תקנות אחרות מטבע הלשון הוא: כדי למנוע ריב וקטטה. כך מנומקת התקנה, שארזע אמות של אדם קונות לו - "דלא ליתי לאינצוי" (= שלא יבואו לכלל קטטה);¹⁸⁹ וכך מנוסחת הלכה זו ברמב"ם, על-פי סיכום המקורות התלמודיים:

... וכן ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדו הרי אלו קונים לו, ואם הגיעה המציאה לתוך ארבע אמות שלו - זכה ב' (= ואין אחר רשאי לקחתה). חכמים תקנו דבר זה כדי שלא יריבו המוצאין זה עם זה. כמה דברים אמורים? בסימטא או בצידוי רשות הרבים שאין הרבים דוחקין בהן או בשדה שאין לו בעלים. אבל העומד ברשות הרבים (= שמחמת הצפיפות שבה אין לכל אחד ארבע אמות משלו ומכל מקום יריבו) או

- 180 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 667 ואילך, 675, וראה לעיל טקסט ליד הערה 135.
- 181 כך נקראו אותם שהקפידו על דיני הלכות טומאה וטהרה, מעשרות ושביעית וכיוצא באלה.
- 182 שלא הקפידו על כך. המושג "עם הארץ" עבר גלגולים ומובנים שונים, ולא כאן המקום להאריך.
- 183 ראה על כל הנוכח לעיל: גיטין, נט, א; שז, סב, א.
- 184 חומר רב נוסף נמצא בתוספתא ובירושלמי במסכת גיטין, שם, בפוסקים ובמפרשים; תוספתא פאה, ג, א; תוספתא חולין, י, יג; בבלי, בבא מציעא, קב, א.
- 185 מונח זה - מפני איבה - מצוי כבר בדברי ר' יהודה הנשיא בעניין מקדש אישה לאחר שימות בעלה או לאחר שתמות אתותה: "ר' יהודה הנשיא אומר מקודשת, ומה טעם אמרו אינה מקודשת - משום איבה", היינו איבת אחותה ואיבת בעלה. קידושין, סג, א, ורש"י, שם, ד"ה "משום איבה".
- 186 כגון זכותו של הבעל במעשי ידי אשתו - כתובות, נח, ב; וראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 468; וזכותו במציאתה - משנה, בבא מציעא א, ה; בבלי, בבא מציעא, יב, ב.
- 187 כגון מציאת הבן והבת לאב - משנה, כתובות, ד, ד; בבלי, כתובות, מו, א; משנה, בבא מציעא א, ה; בבלי, בבא מציעא, יב, ב.
- 188 עבודה זרה, כו, א; בבא מציעא, לב, ב. כן בקשר לעניינים אחרים, כגון קבלת עדות עם הארץ ועוד - חגיגה, כב, א.
- 189 בבא מציעא, י, א. הדברים נאמרים מפי ריש לקיש בשם אבא כהן ברדלא. וראה בעניין קניין ארבע אמות דעתו החולקת של ר' יוחנן בירושלמי, גיטין, פרק ח, הלכה ג. וראה בלאך, שערי תורת התקנות, חלק שני, מחברת שלישיית, עמ' 1 ואילך. המשיך תקנה זו לתקנות התנאים.

הדין, האמת, השלום והפשרה

בתוך שדה חבירו (= שהיא בבעלותו של אדם, ולא ייתכן לתת לאדם אחר זכות בה) – אין ארבע אמות קוננת לו, ואינו קונה שם עד שתגיע מציאה לידו.¹⁹⁰

8. עקרון השלום בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 מקומו זה של השלום בעולמו של המשפט העברי, הוא הוא שהביא לניסוח שבידינו בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שבמקרה של לקונה, היינו שלפני בית המשפט עולה "שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום שבמורשת ישראל". מסופקני אם נמצא במערכות משפטיות אחרות את עקרון השלום כהנחיית יסוד בדרכי המשפט והפסיקה, במיוחד, בדומה, ובשורה אחת עם שלושת העקרונות האחרים – החירות, הצדק והיושר, שכל מערכת משפטית ראויה מתכבדת בכבודם. במערכת משפט של מדינת ישראל הצטרף לשלושה עקרונות יסוד אלה עקרון יסוד נוסף – השלום.

חוק יסודות המשפט העניק, זו הפעם הראשונה, לעקרונות יסוד שבמשפט העברי, וביניהם השלום, מעמד רשמי במערכת המשפטית במדינה היהודית. היתה זו הזדמנות גדולה להשתמש בעיקרון זה הן לשם פתרון של בעיות גדולות וקשות שעלו על סדר יומנו, שלעיתים קרובות הוכאו גם בפני המערכת המשפטית והשיפוטית, והן ליצירתם של עקרונות, כאשר נתמלאו התנאים הנקובים בהוראות חוק יסודות המשפט בדבר חובת ההיזקקות לעקרונות של מורשת ישראל המנויים בו. יש, על כן, להצטרף צער רב על מה שעלה בגורלו של חוק חשוב ועקרוני זה כתוצאה מאדישות ומהתעלמות רובה של המערכת השיפוטית מקיומו של חוק זה ומהשימוש בו. זמן לא רב לאחר קבלתו של החוק ניתנה לו, לצערי, פרשנות מצומצמת ומצמצמת בכל הנוגע למחויבות לשימוש והזדקקות למשפט העברי. כך עולה משורה של פסקי-דין שניתנו בסמוך לאחר חקיקתו, וכבר דנתי בכך במפורט במקום אחר.¹⁹¹ שערי של חוק יסודות המשפט ננעלו לחלוטין על-ידי השופט ברק בהנמקתו בפסיקתו בפרשת *זרז'בסקי*,¹⁹² שבה ביטל למעשה כל אפשרות של קיומה של לקונה, הדרושה כדי להיזקק לעקרונות מורשת ישראל. לא זו בלבד, שפרשנותו של השופט ברק נוגדת את האמור בחוק יסודות המשפט, אלא היתה זו הזדמנות שהוחמצה, ועל כך יש להצטרף צער רב. חוק יסודות המשפט יכול היה, וראוי היה, לשמש כהכנה לשימוש במשפט העברי, להבנתו ולפיתוחו, דבר שיכולה היתה להיות לו משמעות מרובה לביצוע החובה

190 רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה יז, ח-ט.

191 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 1537-1593; א' ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265; מ' אלון "עוד לענין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227; ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם, פ"ד לה (2) 785; ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 701.

192 ראה לעיל הערה 127; עמדתו על כך במפורט בפסקי-דין *זרז'בסקי* ובמקומות נוספים. וראה לאחרונה: מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (תשנ"ז) 659, בעמ' 684-688 (להלן: דרך חוק בחוקה).

המוטלת כיום על המערכת המשפטית מכוח הוראות תוקי-היסוד משנת 1992 – לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁹³

9. השלום וזכות היסוד של כבוד האדם – פסק-דין הגר מתוך כך, ובהמשך לדברים שזה עתה אמרנו, מבקש אני לציין פסק-דין שזכיתי לעמול בו, והסכימו עמי עמיתי, השופטים בך ונתניהו, ושעניינו בעקרון "כבוד האדם" שבחוקי-היסוד האמורים. פסק-דין זה, בפרשת *הגג*,¹⁹⁴ עניינו ויכוח קשה וטראגי בין אלמנת המנוח ובין הוריו כאשר לצורת המצבה ולכיתוב עליה, ושהדין בו נסוב על משמעותו של כבוד האדם ככבוד המת וכבוד החיים. בפסיקתנו דווינו את עתירת ההורים לשנות את צורת המצבה ואת הכיתוב עליה, פרט להוספת שמות הורי המנוח, שנענינו וקיבלנו. וכך סיימנו את פסק-דיננו:

לא מעשה יום-יום הוא סכסוך מצין זה שלפנינו. בעלי הדין שחלוקים הם בטענותיהם ודעותיהם – לחם חוקן הוא של בית המשפט. ויש שבעלי דין חלוקים הם ביניהם לא באלה בלבד אלא גם ברגשותיהם, ואף יש שמחלוקת זו יסודה בשנאה קשה ובאיבה גלויה. בפרשה שלפנינו לא זו ובלבד שנתקיימו כל אלה, אלא באו הם בשערי בית המשפט על רקע מותו הטראגי, בדמי ימיו, של בן ובעל, כשבעלי הדין החלוקים ביניהם הם ההורים והאלמנה...

על אמנות השיפוט נאמר בזכריה, ח, טז: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם..." לעשיית האמת במקרה דנן, שעניינו המצבה שעל קברו של המנוח, משמעות נוספת. העיסוק בהבאת אדם למנוחת עולמים – בקבורתו ובהצבת מצבה על קברו – מכונה הוא בעולמה של יהדות: גמילות חסד של אמת. וזאת, על שום שיש בכך משום גמילות חסד – שהיא אחת התכונות הנעלות בעולמה של יהדות – ולא גמילות חסד בלבד, אלא גמילות חסד של אמת, שלא על-מנת לקבל פרס; ערך-על, שאינו נמדד, ושאינו יכול להימדד, במושגים של תועלת וטובות הנאה בלבד. כל מה שעדיין צריך שיעשה, ולשם כך פונים אנו אל בעלי הדין שלפנינו – הוא השלום. עשיית השלום ערך-על הוא בעולמה של יהדות, בהגותה ובמשפטה, וכל מקורותיה מלאי שבחה. ומשמש הוא ערך השלום כאחוז מארבעת העקרונות של מורשת ישראל – בנוסף לחירות, לצדק וליושר – שעל-פיהם תוכרע שאלה משפטית כאשר אין לה תשובה בחקיקה, בפסיקה ובהיקש (חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980). ועל-פי עקרונות אלה – שיסוד הם לערכיה של מדינה יהודית – מצוים אנו להכריע בבואנו לפרש זכות מזכויות היסוד שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובין היתר, זכות היסוד של כבוד האדם, שהוא הוא הלוח שבנושא הדין במקרה שלפנינו. משישורר השלום בין בעלי הדין, תושלם מלאכת עשיית הדין, והמנוח – הבן והבעל – ינוח על משכבו בשלום.

193 על משמעות "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", ראה במאמרי: "דרך חוק בחוקה" (לעיל הערה 192), ומאמרי: "חוקי-היסוד: דרכי חינוקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" *מחקרי משפט* יב (2) (תשנ"ו-1995), 253, מעמ' 258 ואילך.
194 ע"א 1482/92 *הגג נ' הגג*, פ"ד מז (2) 793.

הדין, האמת, השלום והפשרה

משהשיחה המשיבה – אמו של המנוח – את דבריה לפנינו, התייחסה לאילן היוחסין הגדול של משפחתה – משפחת הגר אשר לחסידות בית ויזניץ. היא הרגישה, כי שם המנוח הוא על שם אחד מגדולי האדמו"רים בשושלת זו, רבי ישראל הגר – הוא רבי ישראל מויזניץ (1860-1935). טענתה של המשיבה היא, שגם משום כך אין להוסיף את השם "אהוביה" מאחר שיש בכך משום שינוי משמו של האדמו"ר רבי ישראל מויזניץ. לגופה של טענה זו אין אנו רואים על שום מה וכיצד יש בה שלא לכתוב על המצבה את השם אהוביה שהמנוח בחר לעצמו. רצונו של אדם זהו כבודו, וודאי שמעשה של אדם הוא כבודו. וכבר עמדנו על כך לעיל. ולא הבאתי טענה זו עתה, בסיום פסק הדין, אלא משום הקשרה לדברים שזה עתה אמרנו.

אכן, בית ויזניץ אילן יוחסין גדול וחשוב הוא. דווקא מתוך כך, ומשום כך, חוזר ופונה אני אל המשיבים לילך בעקבות דבריו ומעשיו הגדולים של רבי ישראל מויזניץ, כמובאים ומתוארים על-ידי ד"ר יצחק אלפסי, סופר תנועת החסידות, תפארת שבמלכות, בית קוסוב-ויזניץ (תש"ם) 302-323. רבי ישראל ידוע היה במיוחד על "אהבתו הרבה לכל נברא בצלם אלקים" (שם, בעמ' 225), ודברים שאמר ולמד ולימד נדפסו על-ידי בניו בספר "אהבת ישראל" על התורה. ועל שום מה קראוהו לספר כך? על שום ששם זה "מתאים לבחינתו של האי סבא קדישא, שהיה אוהב כל אחד מישראל, בכל לבו ונפשו" (שם, בעמ' 244). מכוחה וכוח כוחה של אהבה זו מן הראוי כי השלום והאתווה יחזרו וישכנו בין בעלי הדין שלפנינו.¹⁹⁵

ד. הפשרה והמשפט

כפי שעמדנו על כך במבוא מאמרנו, מן הראוי לעיין, בקצירת האומר, בהליך משפטי נוסף, חשוב וראוי, הקשור קשר בל יינתק עם עקרון השלום, והוא – הפשרה. שתיים הן דרכי הפשרה: הדרך האחת – פשרה שנעשית מרצון הצדדים. פשרה כזו היא הפשרה הרגילה והמקובלת. הדרך האחרת של הפשרה היא כאשר הפשרה נעשית על-ידי בית המשפט, ועל כורחם של הצדדים. נעיין במקצת בכל אחת משתי הפשרות, בטיבן וכמטרתן.

1. פשרה מרצון הצדדים

מהותה של הפשרה הנעשית מרצון הצדדים, טיבה ומקומה כחלק ממערכת המשפט, נידונה במשפט העברי מקדמת דנא, וזכתה לעיון רב במערכת השיפוט בישראל ובמערכות משפטיות אחרות, ולאחרונה אף נתייחד לה מקום מיוחד בחקיקתה של המערכת המשפטית בישראל. להדגמה נעיין בשני פסקי-דין שניתנו בעניינה.

פרשת סובול

פסקי-הדין הראשון הוא בפרשת סובול.¹⁹⁶ בפרשה זו עמדה לדיון, בין היתר, השאלה-הטענה הבאה: כאשר לפי החוק,¹⁹⁷ רשאי בית-הדין הדתי לקבוע זכות "לפי הדין הדתי הנוהג בו",

195 שם, עמ' 810-811.

196 המרצה 427/78, ע"א 807/77 סובול נ' גולדמן, פ"ד לג (1) 789 (להלן: פרשת סובול).

מנחם אלון

האם כוונת מילים אלה היא גם לפשרו, כאשר הצדדים הסכימו לכך. השופטת בן פורת נמנעה מלהכריע בשאלה זו לגופה ודחתה את הטענה, מאחר שלא עלתה במשך הדיון הארוך שהתקיים בבית-הדין הרבני, לא בבית-הדין האזורי ולא בבית-הדין הגדול בעת הערעור על פסק-דינו של בית-הדין הרבני האזורי; ומשום שהיה זה בלבד יש לדחותה.¹⁹⁸ בפסק-דיני דחיתי טענה זו לגופה, על רקע מהותה של הפשרה בעולמו של המשפט העברי.¹⁹⁹ עשיית פשרה על-ידי בית-הדין הרבני אינה בניגוד או מחוץ למערכת הדין הדתי הנוהג בו, אלא חלק מהותי ממערכת זו גופה. שלוש הן הדעות המצויות בספרות התלמודית כעניין הפשרה. לדעת ר' יהושע בן קרחה:

מצוה לבצוע (= לפשר, מלשון וז'וקו - ראה: עמוס, ט, א) שנאמר "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם" (זכריה, ח, טז)... ואיזהו משפט אמת שיש בו שלום - הוי אומר זה ביצוע... איזהו משפט שיש בו צדקה - הוי אומר זה ביצוע.²⁰⁰

דעה קוטבית הפוכה היא זו של ר' אליעזר בנר של ר' יוסי הגלילי:

אסור לבצוע, וכל הבוצע - הרי זה חוטא, וכל המברך את הבוצע - הרי זה מנאץ... אלא יקרב הדין את ההר, שנאמר (יברים, א, יז): כי המשפט לאלקים הוא.²⁰¹

הדעה השלישית היא משל ר' שמעון בן מנסיא הסובר שאין בפשרה לא משום מצווה ולא משום איסור אלא היא רשות.²⁰²

הדעה הראשונה היא שנתקבלה בעולם ההלכה, וכך נפסקה ברמב"ם:²⁰³

מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה: בדין אתם רוצים או בפשרה? אם רצו בפשרה עושין ביניהם פשרה. וכל בית-דין שעושין פשרה תמיד - הרי זה משובח ועליו נאמר: משפט שלום שפטו בשעריכם (זכריה, ח, טז); אי זהו משפט שיש עמו שלום? הוי אומר: זה ביצוע. וכן ברור הוא אומר: ויהי דוד עשה משפט וצדקה לכל עמו (שמואל ב, ח, טז), איזהו משפט שיש עמו צדקה? הוי אומר: זהו ביצוע והיא הפשרה. במה דברים אמורים? קודם גמר דין אי"פ ששמע דבריהם וידע להיכן הדין נוטה - מצוה לבצוע; אבל אחרי שגמר הדין ואמר: איש פלוני, אתה זכאי, איש פלוני, אתה חייב! - אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם אלא יקרב הדין את ההר.²⁰⁴

197 סעיף 155(ב) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

198 שם, עמ' 793-794.

199 שם, עמ' 799-802.

200 ספרי דברים, פסקא יז; תוספתא סנהדרין, נורק א, הלכות ב-ג; בבלי, סנהדרין, ו, ב; ירושלמי, סנהדרין, פרק א, הלכה א.

201 תוספתא ובבלי סנהדרין, שם.

202 בבלי, סנהדרין, שם.

203 הלכות סנהדרין, פרק כב, הלכה ד.

204 וכן הוא בטור ושו"ע, חו"מ, סימן יב, סעיף ב.

הדין, האמת, השלום והפשרה

במשפט העברי ניחנו סממנים משפטיים מובהקים לפשרה, למהותה ולדרך עשייתה. כך נקבע שהפשרה אינה עניין של החלטה שרירותית אלא צריך שתיעשה לאחר שיקול רציני: "אף הפשרה צריכה הכרע הדעת".²⁰⁵ בספרי הטורים ובשולחן ערוך הוקדש סימן מיוחד לדיני פשרה;²⁰⁶ בשולחן ערוך מצויים בסימן זה תשעה-עשר סעיפים, ובהם פירוש מפורט כיצד נעשית הפשרה, מאימתי היא תקפה וכיצד כאלה, ומתוך הוראות אלה מתגבשת הפשרה כמוסד בעל אופי משפטי מובהק. כך, דרך משל, נאמר באחת ההוראות העקרוניות שבסימן זה בשולחן ערוך: "וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחבירו".²⁰⁷

שאלה מעניינת עלתה בפני ר' אברהם די בוטון, מחכמי ההלכה בסלוניקי במאה השש-עשרה.²⁰⁸ מעשה בבעלי דין "שעשו קומפרומיסו בקנין ושכועה שכל מה שיגזור לוי הדיין כפי ראות עיניו שיקבלו עליהם, כאילו נגזר על-פי בית-דין הגדול שבירושלים תוב"ב" (= תיבנה ותיכונן במהרה בימינו).

לוי הדיין פסק מה שפסק, בדרך פשרה, כפי הסמכות שניתנה לו ב"קומפרומיסו" שעשו שני בעלי הדין. והנה פנה אחד מבעלי הדין לר' אברהם די בוטון וביקש לבטל את החלטת לוי הדיין, מתוך הנימוק שהחלטתו נתקבלה מבלי ששמע את כל טענותיו. תשובת לוי הדיין היתה, שהוא הכיר היטב את העניין וירע את כל הטענות שיש בדעתו של אותו בעל דין לטעון. ר' אברהם די בוטון ביטל את החלטתו של לוי הדיין ואומר, בין היתר:

דהרי כתב הטור בחושן משפט סי' יז: וצריך הדיין לשמוע דברי הבעלי דינין ולשנות אותם (= ולחזור עליהם -- מ"א) וכו' ומצדיק הדין בלבו ואחר כך חותכו: ואפילו שידון הדיין בפשרה, גראה ודאי דהדין כך, דהרי כתב בסימן יב: וכשם שמוזהר שלא להטות דין, כך מוזהר שלא יהא נוטה בפשרה לאחד יותר מחבירו; ... דכל כך יש לדיין לדקדק בפשרה כמו בדין; אם כן בנידון דידן, בין שגזר (= פסק - מ"א) לוי דין, בין שגזר פשרה, כיון דלא שמע הטענות, ודאי דאין דינו דין ואין פשרתו פשרה.

בגלל חוסר ההנחיות הברורות בדרך קביעת הפשרה, יש מן החכמים שקבעו לעניינה הוראות תמורות יותר מאשר בקבלת החלטה על-פי מידת הדין. כך, למשל, נקבע כי "אם רבים הם פשרנים (= היינו שיש מספר מפשרים ולא אחד בלבד), יש אומרים שאין הולכים אחר הרוב אלא צריך שישכימו כולם".²⁰⁹ ודברים מאלפים בכיוון זה, אמר ר' מאיר הלוי אבולעפיא, מחכמי ספרד בתחילת המאה השלוש-עשרה. לפי פירוש המובא על-ידו לאמור במסכת סנהדרין, לב, ב, מתייחס הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא, יט, טו) לשפיטה על-פי מידת הדין, והפסוק "צדק צדק תרדוף" (דברים, טז, כ) מכוון הוא להחלטה המתקבלת

205 ירושלמי, סנהדרין, פרק א, הלכה א.

206 חושן משפט, סימן יב.

207 שם, סעיף ב.

208 שו"ת לחם רב, סימן פז.

209 שו"ע, חו"מ, סימן יב, סעיף יח.

מנחם אלון

על-פי פשרה. ומשום מה מופיעה המילה "צדק", לעניין פסיקה על-פי דין, רק פעם אחת, ולעניין פשרה פעמיים? על כך משיב ר' נואר הלוי אבולעפיא לאמור:

והאי דכתיב חד "צדק" גבי דין, וחד גבי פשרה? משום דדין לא בעי עיונא וצילותא כולי האי (= בפסיקה על-פי דין לא צריך עיון וציליות כה מיוחדים – מ"א), אלא למיפסקיה אליבא דהילכתא, ולינא למיחש שמא יחייב את הזכאי ויזכה את החייב; אבל פשרה צריכא עיונא טפי (= עיון מרובים – מ"א) ולעיין לפי שיקול-הדעת, ולראות מי מהן אומר אמת ועל מי ראוי להתמיד יותר.²¹⁰

עינינו הרואות. הפשרה חלק מהותי וזיא מהדין הנוהג במערכת המשפט העברי, ומצוינת היא בהליכות ובעקרונות משפטיים מובהקים שבסדר הדין. והוא אשר אמרנו, שהאמור בסעיף 155(ב) שנזכר לעיל, שבית-הדין הדתי מוסמך "לנהוג לפי הדין הדתי הנוהג בו", פירושו, לעניין פסיקתו של בית-הדין הרבני, הן כאשר פוסק הוא על-פי מידת הדין, והן כאשר הוא מגיע להחלטתו על-פי הפשרה. ואכן, בית-הדין הרבני הן באריכות ובעמקות בעניין שלפנינו בטרם הגיע להחלטה שפסק על-פיה. והלכה פסוקה בידינו, לעניין פסיקת בית-דין דתיים, ש"כל אשר פוסקים הם, הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית משפט אזרחי להרהר אחר מידותיהם לעניין מהוהו וטיבו של דין דתי זה".²¹¹

פרשת ביאזי

דיון מפורט במקומה של הפשרה במערכת המשפט והשיפוט הכלליים בישראל ובמדינות אחרות, תוך עיון נוסף במקומה ובתפקידה של הפשרה במשפט העברי, מצוי כעבור זמן בפסק-דין שבפרשת ביאזי.²¹²

בפרשה זו ערכו הצדדים חוזה, והמה חלוקים ביניהם מי ביטל את החוזה (היינו, אם הכסף שהוסכם עליו שולם וכיוצא בזה). הצדדים באו לכלל הסכמה, לפי המלצת בית המשפט, כי הפלוגתות ביניהם תוכרענה על-פי תוצאות בדיקות פוליגרף שתיערבנה. השופט בך, בדעת מיעוט, סובר שמאחר שבמקרה זה כל צד עומד על נכונות גרסתו אלא שמסכימים הם שבית המשפט יפסוק לטובת מהימנותו של אחד מהם, הרי מאחר שפסיקה זו מוכתבת למעשה על-ידי חוקר הפוליגרף, שאין לדעת אם מגיע הוא לחקר האמת, אין לתת יד להסכם זה. לעומת זאת, השופט גולדברג ואנוכי זכרנו שזה הסכם של פשרה, ראוי ורצוי, שהצדדים באו לכלל מרצונם, ואין זה תלוי כל עיקר בשאלה, אם הפוליגרף אכן מגיע לחקר האמת. בניגוד לדברי חברי, השופט בך, סברתי ששאלת קבילותו של הפוליגרף והשימוש בו בהליכי משפט אינם מתעוררים כלל ועיקר בעניין שנידון בבית המשפט;²¹³ במקרה זה מדובר על הסכם של פשרה – שניתן לו תוקף של פסק-דין – שהסכסוך בין בעלי הדין יוכרע על-פי

210 יד רמה, סנהדרין, לב, ב, דיבור המתחיל "תניא צדק צדק חרדוף"; דברים נוספים בעניין הפשרה במשפט העברי, ראה: M. Elon "Compromise" *The Principles of Jewish Law*, p. 570-573, ובביליוגרפיה שם.

211 מדברי השופט ח' כהן בג"ץ 301/63 שטריינג'ן הרכ הראשי לישראל, ואח', בעמ' 608.

212 ע"א 61/84 ביאזי נ' לוי, פ"ד מב (1) 446.

213 שם, עמ' 476-480.

הדין, האמת, השלום והפשרה

תוצאות הבדיקה באמצעות הפוליגרף. השאלה הערכית שמתעוררת, וראשונה במעלה אף היא בתחום המערכת המשפטית, היא שאלת מעמדה של הכרעה שהוכרעה בדין ודברים לפי רצונם והסכמתם של בעלי הדין, כאשר אלה ש"עשו דין לעצמם" מבקשים את ברכתו של בית המשפט על-ידי מתן תוקף להסכמתם, כאילו נפסקה על-ידי בית המשפט. "עשיית דין עצמית" זו, הנעשית בהסכמתם של בעלי הדין, אין לה ולא כלום למציאת האמת ולקביעת האמת, ומה שעל בית המשפט לבדוק, כאשר מתבקש הוא לתת להסכמת בעלי הדין תוקף של פסק-דין, אינו אלא אם בעלי הדין הבינו על מה באים הם לכלל הסכמה, שאין כאן טעות והטעיה, שההסכם ניתן לביצוע וכיוצא באלה שאלות שבסדרי דין ושבסמכות. כמרכן יבדוק בית המשפט, אם אין בהסכם הפשרה שעדיו הגיעו הצדדים משום ניגוד לעקרונות יסוד בתורת החוזים, כגון שאינו נוגד את המוסר, את תקנת הציבור וכיוצא באלה.²¹⁴ משנתמלאו ונבדקו דרישות אלה, לא רק שמן הראוי אלא מצווה מן המובחר לתת תוקף של פסק-דין להסכמת בעלי הדין, שהרי בכך ממלא בית המשפט אחת הפונקציות והמטרות השיפוטיות הראשונות במעלה, והיא סיום דין ודברים שבין בעלי הדין. וכך נאמר בפסק-דיני:

המטרה של ההליך השיפוטי במשפט אזרחי היא פתרון הסכסוך וסיומו, ובירור האמת אינו אלא אמצעי כדי להגיע לפתרון זה; ואשר-על-כן, כאשר בעלי הדין הסכימו ביניהם על דרך סיום הסכסוך, שוב אין בירור האמת משמש מטרה כלשהי מבחינת ההליך השיפוטי, ובוודאי אין במניעת בירור האמת משום פגיעה בתקנת הציבור. היפוכו של דבר; משבאו בעלי הדין על הסכם ביניהם לפתרון הסכסוך, אשר הבינו את משמעותו, וההסכם אושר וניתן לו תוקף של פסק-דין, הבקשה לביטולו של הסכם זה, על סמך טענה של רצון לבירור האמת על-פי מסמך שבידיהם – שדרך אגב היה ידוע להם לפני עריכת ההסכם – בקשה זו היא הפוגעת בתקנת הציבור של כיבוד הסכמים ושל סיום וסוף להליכים.²¹⁵

עמדת המשפט העברי בעניין זה נידונה בהרחבה רבה בפסק-הדין, תוך סקירת הנימוקים השונים והרכיבים שניתנו בו להעדפת הפשרה על הדין.²¹⁶ מאלף הוא בהקשר זה מדרש ההלכה שבמכילתא.²¹⁷ וזה לשונו: "ושפטי בין איש – זה הדין שאין בו פשרה; ובין רעהו – זה הדין שיש בו פשרה, ששניהם נפטרין זה מזה כרעים".

ולא זו בלבד, אלא מונעת היא הרגשה של עשיית עוול ופגיעה באמת מצד בעל הדין שהפסיד בדינו: "לפי שהפשרה היא בהסכמת ורצון שניהם; מה שאין כן הדין, שלעולם לפי

214 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).

215 פסק-דין ביאני, לעיל הערה 212, עמ' 476-477.

216 שם, עמ' 477-479.

217 מסכתא דעמלק, יתרו, פרשה ב, על הפסוק שבשמות יז, טו: "כי יהיה להם דבר בא אלי, ושפטי בין איש ובין רעהו".

מנחם אלון

דעת המתחייב (מי שיצא חייב בדיונו – מ"א) אין מוחל טענתו נגד בעל דין חבירו, אף שיצא חבירו זכאי בכית דין נגדו.²¹⁸ ונימוק ניסף – מניעת עינוי הדין, כפי שנעמוד על כך להלן. דיון מעניין בקשר לשלב של ההליך השיפוטי שבו ניתן לעשות פשרה, ושיש בו משום הד לנושא הדיון שבעניינו, מצאנו בתלמוד ובפוסקים. לפי דעתו של רבי שמעון בן מנסיא:

שנים שבאו לפניך לדין, עד שלא תשמע דבריהן, או משתשמע דבריהן ואי אתה יודע להיכן הדין נוטה – אתה רשאי לומר להן: צאו ובצעו; משתשמע דבריהן ואתה יודע להיכן הדין נוטה, אי אתה רשאי לומר להן צאו וביצעו.²¹⁹

לפי דעה זו, מששמע כית הדין את הראיות ואת טענות בעלי הדין, ויודע הוא להיכן הדין נוטה, אסור לו להביא את הצדדים לידי פשרה. ההלכה לא נפסקה כך אלא כדעה, שרק משנגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע.²²⁰

במה דברים אמורים? קודם גמר דין, אף על-פי ששמע דבריהם וידע להיכן הדין נוטה, מצוה לבצוע; אבל אחרי שגמו הדין ואמר: איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב, אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם (היינו להציע לצדדים להתפשר שמא היתה טעות בהכרעת הדין – מ"א) אלא יקוב הדין את ההר.

שיטות שונות מפרשות הלכה אחוזנה זו לא רק לאחר שנודעה הכרעת הדין, אלא אף לפני שהודיעו לבעלי הדין על כך – כגון שכבר דקדקו בדין היטב וכמו גמרו את הדין, ולא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב (= יולא חסר אלא להצהיר: איש פלוני אתה חייב), דכיון דנתברר כל כך, אין להטעותו לעשות פשרה, שאילמלא היה יודע שנתברר דינו לזכות, לא היה מתרצה לפשרה בשום עניין.²²¹

ההנמקה של בעלי התוספות, וכן דבריו של רבי שמעון בן מנסיא (שהבאנו לעיל), שמשעה שבית הדין יודע להיכן הדין נוטה שוב אין מקום לפשרה, אינה משום שהפשרה עומדת, במקרה זה, בניגוד לאמת שברין שכבר ידועה; הנימוק הוא שבית הדין, בהיותו יוזם הפשרה, מטעה את הצד הזוכה להסכים לפשרה, כשסביר להניח, שאילו ידע צד זה מה שכבר ידוע לבית הדין – היינו שהוא הזוכה בדיונו – לא היה מסכים לפשרה. וגם דעה זו סוברת כך רק לאחר שבית הדין יודע להיכן הדין נוטה, היינו לאחר בירור הדין ושמיעתו ולא כאשר מצוי לפני בית הדין מסמך, שלכאורה מצדד הוא בזכותו של צד אחד, אך טרם נתקיים כל דיון בקשר לטיבו של המסמך, מהימנותו ומקורו. ומובן ואין צריך לומר, שהאיסור שלא להביא לכלל פשרה, כאשר יודע להיכן הדין נוטה, מופנה הוא לבית הדין, אך בעלי הדין

218 חידושי מהרש"א, סנהדרין, ו, ב, דיבור המתחיל: "אוהב שלום".

219 סנהדרין, ו, ב.

220 סנהדרין, שם.

221 תוספות, סנהדרין, ו, ב, דיבור המתחיל "נגמר הדין"; וראה עוד ב"ח תו"מ, יב, סעיף קטן ב: ש"ך, תו"מ, יב, סעיף קטן ד; פתחי תשובה, תו"מ, יב, סעיף קטן ד.

הדין, האמת, השלום והפשרה

גופם רשאים להסכים על פשרה ולהביאה לאישור בית המשפט בכל שלב שהוא של ההליך השיפוטי, וגם אם יודעים הם שהכרעת הדין נוטה היא לצד אחד מהם.²²² שיקול עקרוני נוסף להעדפת פשרה בין בעלי הדין הוא המהירות שבה בא הסכסוך לסיומו ומניעת עינוי הדין, שמצוי הוא, לעתים מזומנות, כאשר בית-הדין שומע את הדין ומכריע בו לגופו. על נימוק זה ניתן להסיק מהדברים שכתבם הרמב"ם בהקדמה לפירוש המשנה.

וצריך להיות מהדר בכל דיניו אחר הפשרה ואם יוכל שלא יפסוק דין בכל ימיו, אבל שיעשה פשרה בין שני המריבים – הנה מה טוב ומה נעים; ואם אינו יכול – אז יחתוך הדין, ואל יטריח (לדחוק את השעה ולמהר – מ"א), אבל יתן זמנים ארוכים לבעל הריב ויניחהו לבקש על נפשו כל היום – ואף על-פי שירבה דברים וידבר הוללות וסכלות. ואם אי-אפשר זה, לפי מה שיראה בטענותם – יגזור הדין מיד... ובדומה לזו המצוה אומרים: "יקוב הדין את ההר".²²³

טוב שהדיין יעשה כל מאמץ כדי להביא לכלל פשרה; אבל אם לא עלה בידו, אל יקשה על עצמו להכריע בדין מיד – כדי למנוע את האיסור החמור של עינוי הדין – שהרי מצווה הוא גם להיות מתון בדין, ויאזין בסבלנות לטענות בעלי הדין, גם אם אין בהן ממש; ומששוכנע כיצד עליו לפסוק – יגזור את הדין מיד. מאלף לציין ששילוב זה בין דין, אמת ושלום בתחום הפשרה נידון בצורה מעניינת גם במערכות משפטיות אחרות, כפי שעמדתי על כך בהרחבה בהמשכו של פסק-הדין בפרשת *ביאזי*.²²⁴

One does not need much learning or experience in business to understand that the law has not yet become an exact science; that witnesses are often mistaken, and sometimes untruthful; that juries are not infallible in their conclusions; that the results of litigation are far too uncertain, but that the expense and annoyance attending lawsuits are very certain indeed. Such considerations as these, and the fact that it is to the interest of the state that there should be an end of litigation have led the courts to look with very great favor upon the peaceable settlement of disputes out of court and to hold that, "when a compromise has been fairly effected, its validity will be independent of the merits of the controversy on which it is founded, and it cannot be

222 על תפקידו של בית-הדין בעשיית הפשרה במשפט העברי, ובעקבותיה על אופי הפשרה ראה עוד: המ' 427/87, ע"א 807/77, בעמ' 799 ואילך; M. Elon, *supra* note 210, at p. 570; י" בוק "ישוב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי" *טיני עא* (השל"ב) סד.

223 מהדורת מוסד הרב קוק, חשכ"א, עמ' נה-נו.

224 שם, עמ' 479-480.

מנחם אלון

reopened for the purpose, or with the effect, of reviving the dispute which it was meant to terminate" (*Kercheval v. Doty*, 31 Wis. 476, 487), and that "no investigation into the character or value of the different claims submitted will be entered into for the purpose of setting aside a compromise, it being sufficient if the parties entering into the compromise thought at the time that there was a question between them (id. 487) ...

דברים אלו אכן ראויים להיכתב ולדוּשמע.
בסיומם של דברים בפרשת *כיאי אמנו*:

גישה עקרונית זו בדבר טיבו ומהותו של הסכם פשרה בין בעלי הדין יפה היא למדיניות משפטית נכונה מימינו ימימה, גם בימים "הטובים", שבהם ההליך הרגיל של הכרעת הדין על-ידי פטיקת בית המשפט בא לידי ביצוע וסיום בפרק זמן סביר, ובוודאי שגישה זו חיונית והכרחית היא לימינו אנו, שבהם נתונה המערכת המשפטית במספר ניכר של מדינות – וזוהי שביניהן מקום נטולת בראש מדינת ישראל וארצות-הברית – בתנאי שעת וזירום של השהיית מתן פסקי-דין ועינוי הדין. רבות נאמר ונכתב על בעיית ריבוי הדתינות ועומס התביעות, שהולכים וגוברים מיום ליום במציאות הכלכלית והחברונית ההולכת ומשתנית בצעדי ענק וכמהירות מופלגת, על היחס ההפוך של השהיית הדין ועינוי המופלג, שנגרם כתוצאה מריבוי ועומס אלה, ועל ירידת קרנה של המערכת המשפטית, יעילותה וצדקותה כתוצאה מכך. תרופה אפשרית, רצויה וסבירה: למכת מדינה זו, היא עידוד הכרעות סכסוכים בין בעלי הדין על-ידי הסכמי פשרה, שיש בהם כדי לעמוד מנגד לעינוי הדין ולהרגשה של לית דין ולית פסקי-דין, ההולכת ופושה בחברתנו. עידוד זה מחייב מדיניות משפטית של חיזוק הסכמי פשרה ומתן הכרה מלאה בהם ובתוכנם, לפי הקווים המנחים שפורטו לעיל.²²⁵

225 שם, בעמ' 480. יש לציין כי בשנת תשנ"ב-1992 חוקן חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, על-ידי הוספת סעיפים 79א-79ד הדנים בפטיקת בית המשפט בדרך של פשרה, בהעברת נשוא הדין לבוררות ולפישור – הכול בהסכמת בעלי הדין – ובהסמכת שר המשפטים להחליט על תנאי תיקון בניהול. בשנת תשנ"ג-1993 התקין שר המשפטים תקנון בתי המשפט (פישור). לעניין פטיקת בתי המשפט ראה עוד: רע"א 287/88 מנוף סיגל הברה לפינוסיו והשקעות בע"מ נ' סלימה, פ"ד מד (3) 758, על ניסיון בית המשפט להביא לכלל פשרה, "שזהו ניסיון רצוי ומבורך", והמובאות מהמכילתא והרמב"ם (שם, עמ' 761); בג"ץ 1025/89 הופמן ואח' נ' מועיית עיריית ירושלים, פ"ד מח (1) 678, בעניין עתירת העותרים, שנמנו על הזרם הקונסרבטיבי והרפורמי, להחמנות כחברים במועצה הדתית. בפסקי-הדין הקדמתי שמן הראוי היה שבעלי הדין ייענו להצעת בית המשפט לבוא לכלל פשרה והסכמה – על-פי המקורות שעמדנו עליהם – מאחר שלשם כך אין צורך להכריע בעניין קיומם של נציגי זרמים שבהשקפת עולם. בעלי הדין לא נענו לכך, ואכן, פסקי-הדין שניתן לא דן ולא הכריע בטענות שהועלו בפני בית המשפט בעניין נציגות לזרמים שבהשקפת עולם אלא הדגיש כי הנבחרים מייצגים גופים פוליטיים שבעירייה, ששלחו אותם כנציגי הגופים האלה במועצה הדתית, וכי כל שאלה בענייני הלכה שתתעורר, תוכרע על-ידי הרבנות המקומית.

הדין, האמת, השלום והפשרה

2. פשרה המוטלת על-ידי בית המשפט על כורחם של הצדדים

במשפט העברי מצויה תופעה מאלפת של כפיית פשרה על-ידי בית המשפט, גם ללא הסכמתם של בעלי הדין, כאשר לדעת בית המשפט, פסיקה לפי שורת הדין תהיה נוגדת את הצדק, ובמיוחד – את השלום. למעשה זו פסיקה של בית המשפט ככל פסיקה אחרת. אבל מבחינת הניתוח העיוני יש כאן משום פשרה שעל בית-הדין לנקוט כדי למנוע גרימת אי-צדק ופגיעה בשלום.

פשרה זו יסודה בהרכבת הדין, האמת והשלום, ומוטלת היא, על-ידי בית המשפט כחובה על הצדדים, כחלק של פסיקת הדין, המבוססת על האמת ועל השלום. דיון מאלף על כך מצוי הוא בתלמודם של חכמינו, ונעייין במקצת מן הדברים:²²⁶

ריש לקיש רמי (= שאל): כתיב: בצדק תשפוט עמיתך (ויקרא, יט, טו), וכתיב: צדק צדק תרדוף (דברים, טז, כ), הכיצד?²²⁷ כדתניא – צדק צדק תרדוף – אתר לדין ואתר לפשרה. כיצד? שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה, אם עוברות שתיהן – שתיהן טובעות, בזה אחר זה – שתיהן עוברות; וכך שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון²²⁸ ופגעו זה בזה, אם עלו שניהן – שניהן נופלין, בזה אחר זה – שניהן עולין. הא כיצד? טעונה ושאינה טעונה – תידחה שאינה טעונה מפני טעונה; קרובה ושאינה קרובה – תידחה קרובה מפני שאינה קרובה.²²⁹ היו שתיהן קרובות, שתיהן רחוקות – הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו.²³⁰

מהו הדין לעניין זכות המעבר במקום צר שאינו מספיק אלא לאחד ועומדים להיפגש בו בעלי שני גמלים שכל אחד מגיע מן הכיוון שכנגד? למי זכות הבכורה? כפי שראינו, מדובר בברייתא על שני סוגי פתרונות: האחד – כאשר קיים שוני בנסיבות של המבקשים לעבור, היינו טעון ושאינו טעון, קרוב ושאינו קרוב, והאחר – כאשר הנסיבות דומות ושוות, היינו

226 סנהדרין, לב, ב. דיון נרחב בסוגיה זו ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 150 ואילך.
227 בפסוק הראשון מופיעה הדרשה לצדק פעם אחת בלבד, אך בפסוק השני מופיעה היא בלשון כפולה – "צדק צדק תרדוף". ראה: רש"י, שם, ד"ה "בצדק תשפוט".

228 מקום בהי שומרון המערביים, בגבול נחלתו של שבט אפרים ובסמוך לנחלת בנימין, והוא מצוי בין שני יישובים – בית חורון עליון, הבנויה במרומי ההר, ובית חורון תחתון שלרגלי ההר. שני יישובים אלה נזכרים כבר בספר יהושע (טז, ג-ה; יח, יג-יד) וידועים בהיסטוריה של עם ישראל מני אז כמקומות של אירועים היסטוריים שונים, בייחוד של מלחמות בני ישראל מימי יהושע בן נון (יהושע, י, יא) ועד למלחמת ששת הימים. ראה במפורט: ד' וילנאי, אריאל, אנציקלופדיה לידעת ארץ ישראל, כרך א-ב, בערך: "בית חורון", עמ' 717-722. מעלות בית חורון כשמו כן הוא, מעלות ההר, ולצדדיו מורדות חלולים. בתקופה הקדומה היה בו מקום צר ביותר, שלא היה בו מעבר לשני גמלים, מבלי שישתכנו בנפילה הימנו לתוך התהום.

229 יש מפרשים קרוב ואינו קרוב למקום שהימנו יצאו או למקום שאליו צריכים להגיע; ראה: מאירי, סנהדרין, שם, ופרישה על טור הו"מ, רעב, ח; וביד רמ"ה מפרש: "זו קרובה לעבור וזו אינה קרובה לעבור" (סנהדרין, שם, ד"ה "תניא צדק צדק תרדוף"), היינו הספינה או הגמל שהגיעו יותר קרוב לנקודה שבה שניהם אינם יכולים לעבור בעת ובעונה אחת.

230 וכן הוא בתוספתא בבא קמא, ב, י, בשינויי נוסח קלים.

מנחם אלון

כששניהם טעונים ושניהם קרובים, וכל אחד משני הפתרונות יש בו משום מילוי חובת ההכרעה מחמת רדיפת הצדק.²³¹ מפרשי הסוגיה עמדו על מהותם של שני פתרונות אלה ועל יסוד הצדק שבכל אחד מהם. נזכיר, בקצרה, אותה גישה שעניין רב בה לנרשא עיוננו. גישה זו מצויה בפירושיהם של שניים מגדולי האחרונים, הראשון חי באמצע המאה השבע-עשרה, והשני – בסמוך לדור שלפנינו. רבי אברהם חיים שור, בעל "תורת חיים",²³² עומד בפתח פירושו על טיבה של שאלת הברייתא: "כיצד – וכי עד השתא לא ידענו איזהו דין ואיזהו פשרה"? ועל כך באה תשובתו:

ויש לומר, משום תרדוף אדיין קאי (= על הדיין מוסב), משמע דאזהר רחמנא (= התורה) לדיין שירדוף ויעשה פשרה אפילו בעל כרחו של בעל הדין, כי היכי דאזהר רחמנא לעשות דין בעל כרחו של הנתבע; וקשיא ליה – הא תינתן דין (= זה נכון לגבי עשיית דין), אלא פשרה מאי איכא למימר (= מה יש לומר), והא לאו בדיין תליא מילתא (= תלוי הדבר), שאין כוח ביד הדיין לעשות פשרה אלא אם כן נתרצו שניהם; לכן קאמר כיצד, שתי ספינות וכו' פירושו דקרא איירי (= שהפסוק מדבר) היכא דאי אפשר לעשות דין אלא פשרה, כגון שהיו שתיהן קרובות או רחוקות או טעונות, דכיון דשתיהן שוות לעניין הדין, על כרחך צריך לעשות פשרה ביניהן, ובכי האי גוונא (= ובזה האופן) הזהיר הכתוב את הדיין שירדוף לעשות פשרה, שמוטל על הדיין לשער כמה שכר תעלה אחת לחברתה כדי שתדחה, ואם תתרצה אחת מהן ליטול השכר – הרי טוב, ואם לאו – יטיל גורל ביניהם איזהו תטול השכר ותדחה.²³³

לפי פירושו של בעל "תורת חיים" רדיפת הצדק אחר הפשרה, במקרה כגון זה שלפנינו, שאין אפשרות להכריע בו על-פי מידת הדין, מתבטאת בתוכה המוטלת על הדיין להציע הצעת פשרה על-ידי הערכת גודל התשלום שיינתן לאותו בעל דין שיוותר על זכותו לעבור ראשונה במעלה בית חורון, ובכפיה קבלת הצעה זו על-ידי הטלת גורל בין בעלי הדין במקרה שאף אחד מהם אינו מוכן לוותר מרצונו על זכותו לעבור ראשונה.²³⁴ במקרה כגון זה הצדק מחייב שהפשרה תיכפה על בעלי הדין, וממילא הרי הוא חלק מן הדין.

231 וראה: יד רמ"ה ורש"י, שם.

232 שימש אב"ד בערים בלז וסטנוב שבפולין. כן ידוע על חיבורו "צאן קדשים" לסדר קדשים. נפטר בשנת שצ"ב. ראה: ד' הלחמי חכמי ישראל (ויש"ס), עמ' ס-סא.

233 תורת חיים על סנהדרין, שם, ד"ה "אחד לדין ואחד לפשרה".

234 וראה עוד בתורת חיים המשכם של דברים: "והיינו דנקטי הטל פשרה ביניהן – ולא קאמר – עשה פשרה ביניהן – לפי שאין כח ביד הדיין לכוף לשום אחת מהן שתטול שכר ותדחה, אלא שהדיין צריך לשער לפי אומד דעת כמה היא שכר הדחייה ויניח פשרה זו לפנייהם, והן יתרצו עצמן או יטילו גורל איזהו תטול השכר". דברים מאלפים. מאחר שמדובר בפשרה, אין הדיין כופה את דעתו על בעל דין זה או על בעל הדין האחר, אלא מציע לשניהם את הסכום המשוער על-ידו, ואם אין אחד מסכים לבטל את זכות הקדימה שלו, על הדיין להטיל גורל ביניהם, ובאמצעות הגורל כופה הוא על בעלי הדין לקבל את הצעתו ולפתור את הסכסוך שביניהם.

הדין, האמת, השלום והפשרה

נקודת מוצא דומה לפירושו של בעל "תורת חיים" מצויה בדבריו של ר' נפתלי צבי יהודה ברלין, הנצי"ב, מגדולי התכמים בדור שלפנינו. דבריו אף מרחיקי לכת יותר, הן מבחינת פירושם לגופה של הסוגיה והן מבחינת המסקנה העולה מהן. הנצי"ב דן²³⁵ במרכיבי השיפוט והמשפט שהם האמת, המשפט והשלום, על-פי האמור בזכריה: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם"²³⁶ ובמשנה באבות: "על שלושה דברים העולם קיים: על הדין ועל האמת ועל השלום"²³⁷ ולפי דברי הירושלמי שעל משנה זו: "נעשה דין, נעשה אמת נעשה שלום"²³⁸. והוא ממשיך ואומר:

אבל אם הדין אינו יכול להביא לידי שלום, ההכרח לעשותו פשרה, ועל כיוצא בזה תניא בסנהדרין: צדק צדק תרדוף, אחד לדין ואחד לפשרה, כיצד שני ספינות וכו'. וקשה, מאי (= מהו) כיצד? וכי לא ידענו מאי פשרה? אלא משום דלא משכחת אזהרה על הפשרן אלא באופן שכופין לעשות פשרה. דאילו בכל פשרה שלא נעשה אלא ברצון בעלי הדין, הרי מסתמא יודעים ובטוחים בשני הפשרנים שלא יטו הפשרה לצד אחד יותר מחברו, ואם לא חשו לכך, הרי אינהו דאפסדי אנפשייהו (= הם שהפסידו לעצמם), ולא שייך על זה אזהרת התורה. אלא על כרחך מיירי (= מדובר) באופן שכופין לעשות פשרה, ואי אפשר להעמיד על הדין. משום הכי שואל התנא, כיצד כופין לעשות פשרה, ומפרש כגון שתי וכו'. ועל-פי עומק הדין אין לנו במה לכוף את שאינה טעונה שתלך לאיבוד. אלא עומק הדין ילכו שניהם ויהיו שניהם נטבעים או מי שיגבר ויטביע את השני והוא ינצל.

אבל אין זה משפט שלום, משום הכי כופין על מדת הדין, ומחויבין לעשות פשרה. והנראה דזהו מה שאמרו תז"ל בפרק הפועלים²³⁹ שחרב בית המקדש על שהעמידו דבריהם על דין תורה, היינו שלא רצו לוותר על הדין שאינו מביא לידי שלום וההכרח להתפשר.

ועל דברי הנצי"ב הוספנו ואמרנו:²⁴⁰

דין שאינו מביא לידי שלום אינו הדין הנכון והרצוי, שהרי הגדרתו ומהותו של הדין הוא משפט שלום. רדיפת הצדק במקרה כגון זה היא לכפות על הפשרה, שמביאה בעקבותיה את השלום. לדעת הנצי"ב, גם במקרה של טעונה ולא טעונה, מצד "עומק הדין" אין לטעונה עדיפות על שאינה טעונה, כי לכל אחד ואחד זכות מעבר שווה, ואין ההפסד היותר גדול הצפוי לאחד מהם מאיחור הגעתו למחוז תפצו מהווה שיקול

235 שו"ת משיב דבר, חלק שלישי, סימן י. דברי ה"חורת חיים" ודברי הנצי"ב מובאים ב"מרגליות הים" להגר"ר מרגליות, סנהדרין, שם.

236 זכריה, ח, טז.

237 אבות, א, יח.

238 ירושלמי, מגילה, פרק ג, הלכה ו, ודאה לעיל פרק א (ליד הערות 1-2).

239 בבא מציעא, פח, א; ודאה: בבא מציעא, ל, ב.

240 המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 154-155.

מנחם אלון

שבדין לתת לו זכות הבכורה במעבר.²⁴¹ אך מאחר שהמסקנה הנובעת מכך היא מריבה ומחלוקת בין בעלי הזין, כופין על פשרה שיש עמה שלום; ופשרה זו היא שבמקרה של טעונה ואינה טעונה -- מועדפת זכותו של מי שצפוי לנזק יותר גדול בגלל הדחיה במעבר, ובמקרה ששניהם טעונים -- מעלים שכר זה לזה.²⁴² לפי הנצי"ב הן העיקרון שבמקרה שנוסיבותיה אינן שוות יש להעדיף את מי שהנזק שייגרם לו יהא יותר גדול, והן העיקרון שבמקרה שנוסיבותיהן שוות יש להעלות שכר זה לזה, שני העקרונות כאחד יסודם בחובר של עשיית צדק שבא לתקן את הדין כאשר זה אין בו כדי להביא לשלום.²⁴³

מושגי הצדק שבפסוק של "צדק צדק תרדוף" שונים הם, אפוא, במהותם ובמטרתם מן הצדק של "בצדק תשפוט עמיתך". רדיפת צדק זו מוסבת על שינוי בתוכן הפסיקה ולא רק בדרך הפסיקה. לפי פירושה של ה"יד רמה" והמאירי,²⁴⁴ הצדק מהייב, שבמקרה שאין אפשרות לדון לפי הדין -- היינו כאשר הנסיבות שוות ואין לאחד נזק יותר מן השני -- יבוא הסכסוך על פתרונו בדרך של פשרה, על-ידי הטלת שכר על מי שזוכה בזכות הקדימה. לפי פירושו של בעל "תורת חיים", במקרה כגון זה -- מכוח החובה לעשות צדק -- כוונין על הפשרה של העלאת שכר, למי שאינו עובר ראשונה, על-פי הטלת גורל; ולפי דעת הנצי"ב, כל עצמה ועיקרה של ההוראה שבמקרה של סכסוך בדבר זכות קדימה במעבר יש להעדיף את מי שצפוי לנזק יותר גדול, מבוססת על החובה לרדוף אחר הצדק, להביא שלום; שהרי מצד עומק הדין אין בו בשיקול זה כדי להעניק זכות קדימה. משום כך, לדעתם של בעל "תורת חיים" והנצי"ב, מושג הפשרה בסוגייתנו שונה הוא מן המשמעות הרגילה והמקובלת; בדרך כלל אין כופין על הפשרה, ועשייתה חלויה ברצונם של בעלי הדין. אך בעניין כגון זה שבפנינו, שמידת הדין לקויה ואינה שלמה, כופין על הפשרה כדי שהדין יעשה צדק ושלוש וירדפם.

241 מהיד רמ"ה והמאירי, בסנהדרין, שם, עולה שבמקרה של טעונה ושאינה טעונה, מצד הדין יש להעדיף את מי שעלול להיגרם לו נזק גוזל יותר.

242 הנצי"ב מפרש, ככל הנראה, כי האמור בבבלייתא "אחד לדין ואחד לפשרה", פירושו אחד לדין, היינו הפסוק "בצדק תשפוט עמיתך", ואחד לפשרה, היינו הפסוק "צדק צדק תרדוף". כפל המונח "צדק" שבפסוק השני מוטב על שני המקרים: זכולים בפסוק אחרון זה, היינו כשנוסיבותיהן העובדתיות אינן שונות או שוות. ראה פרשת מנכול, לעל הערה 196, עמ' 64. עוד יש לעיין בדברי הנצי"ב, "שעל פי עומק הדין אין לנו במה לכופף את שאינה טעונה שתלך לאיבוד" -- והרי גם אם ניתנת זכות המעבר תחילה לטעונה, אין פירושו של דבר שזו שאינה טעונה הולכת לאיבוד! והדבר צריך בירור.

243 מבחינה עקרונית משמש ברבדי הנצי"ב הרעיון היסודי, שהדין צריך שיביא לידי שלום. המיוחד שבפנינו הוא, שהנצי"ב רואה את המקור לשינוי הנורמה המשפטית של "עומק הדין" במקרה שלפנינו בהוראה שבפסוק: לעשות צדק ולרדפו.

244 סנהדרין, שם; וראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 152.

ה. סיכומו של עיון

1. שיקולי האיזון במערכות משפטיות שונות

(א) שוני בין המשפט העברי ובין מערכות משפטיות אחרות

כאמור, עצם קיומם של שיקולי איזון בכל מערכת משפטית ראויה בדבר עשיית שלום ופשרה בין הדין ובין האמת, הכרח הוא, וחיוני הוא, מתוך הצורך והשאיפה בקיומן ובמימושן של מטרות וערכים רבים ושונים. אך בכך לא פסו עיונים. השאלה העומדת לדיון ולהכרעה היא, מה טיבה של מדיניות שיקולי איזון אלה, ומה מהותם של אותו שלום ואותה פשרה שבין הדין ובין האמת? לשון אחרת; הוויכוח אינו, אם יש צורך בשיקולי איזון של מדיניות משפטית אלא מה הם ואילו הם השיקולים של מדיניות משפטית זו. הדעת נותנת כי קיימות דרכים שונות, ומצויות אפשרויות שונות לשקלולם של שיקולים אלה. ומבקש אני להעלות, לאחר עיון ראשון – ועיון ראשוני בלבד – שוני במדיניות זו בין דרכו של המשפט העברי ובין דרכן של מערכות משפטיות אחרות שעיינו בהן.

נראה לי כי דוגמה טובה לשוני זה ניתן למצוא בסוגיית החוזה הבלתי חוקי, סוגיה שאף היא, במשמעותה הכוללת, מעוגנת בנושא דיונו. כאשר נכרת חוזה שמטרתו היא בלתי חוקית, כגון הסכם לגנוב או להעיד שקר, לית מאן דפליג, ולא מוכרת לי שיטה משפטית בעולם, שתיתן תוקף לחוזה זה, שהרי מטרת החוזה היא להפר חוק, ובית המשפט, מעצם מהותו ותפקידו, לא יאכוף ביצוע עבירה על החוק. וכך הוא כמוכר גם במשפט העברי. אך כאשר מטרת החוזה היא חוקית, ולחווה נלווה, בין היתר, גם סעיף בלתי חוקי – דרך משל, חוזה לקניית דירה שבו ננקב מחיר נמוך מהמחיר האמתי כדי להערים על שלטונות המס – מצויה מחלוקת בין דרכו של המשפט העברי לדרכן של שיטות משפטיות אחרות. לפי שיטות אלה, חוזה כגון זה בטל הוא; אמנם מטרת החוזה – קניית הדירה – חוקית וטובה היא למהדרין – אך כדי להרחיב את הציבור, כדי לחנכו שלא להערים על שלטונות המס, אין אנו מכירים בתוקפו של החוזה כל עיקר. שיקול הרתעת-חינוכי זה גובר על השיקול של האמת הכללית שבחוזה, של האמת האומרת ומחייבת שהסכם שעליו באו הצדדים צריכים הם לקיימו. לא כך היא, כידוע, דרכו של המשפט העברי. מאחר שהחוזה כשלעצמו חוקי הוא ומטרתו תואמת את הדין, אין החוזה בטל, מכירת הדירה בעינה עומדת, והצדדים יובאו לדין על אשר ניסו להערים על שלטונות המס. לפי המשפט העברי, האמת שבקיום החוזה אינה נדחקת הצדה מפני השיקול של הרתעת הציבור על-ידי פסילתו של החוזה, והרתעת הציבור תבוא על מגמתה על-ידי העמדתם של העבריינים לדין פלילי. כידוע, בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, בסעיפים 30 ו-31, נמצאה דרך ביניים בין שתי גישות משפטיות אלה. וכבר עמדתי על כך במפורט בפסיקת בית המשפט העליון²⁴⁵ ובמקומות נוספים,²⁴⁶ ולא כאן המקום להאריך.

דוגמה אחרת, שכבר הזכרנו בדברינו לעיל, היא בעיית ה-*Res Judicata* (= "מעשה בית-דין"). הרעיון של סופיות פסק-הדין, גם אם נתגלו כעבור זמן ראיות ועובדות חדשות

245 ראה: ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה (2) 505, בעמ' 516-520; ע"א 535/80 ארזי נ' גדליהו, פ"ד לו (4) 281, בעמ' 290-294.

246 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 114-116, עמ' 1443-1447, והערה 360, שם.

שיש בהן כדי לסתור את פסק־הדין, יוודו בתקנת הציבור, שיהא סוף לדיונים, ושארם יוכל לכלכל את מעשיו ועסקיו. כך היא דרכן של שיטות משפטיות שונות. לעומתן, המשפט העברי, במקורו, לא הכיר בעקרון סופיות פסק־הדין, ואם נתגלו כעבור זמן עובדות חדשות הסותרות את פסק־הדין, עדיפה קביעת האמת על השיקולים של תקנת הציבור המתייכת סופיות הדיון (כאמור לעיל, במשך הזמן מצא המשפט העברי פתרון לתקנת הציבור שבסופיות הדיון, אך בלי לוותר על גישתו העקרונית שבירור האמת הוא השיקול העדיף).²⁴⁷

מה בין שתי הדוגמאות הללו וניין הדוגמאות שעמדנו עליהן קודם, ומצאנו כי גם במערכת המשפט העברי גוברים שיקולים של שמירה על ערכים שונים על השיקול של דרישת האמת? מה ההבדל בין עניין הזוהר הבלתי חוקי ובעיית ה־*Res Judicata* וכין ההלכה שאין מגלים את האמת במקרה של חשש ממזרות, של מניעת עיגונה של אישה, ושל הפסק־דין הרבני של מניעת כל פגם בנועמדה של הילדה על אף קביעת זכותה למזונות לרגל הודאתו של אביה־מולידה? נראה שההבדל הוא בכך שלפי המשפט העברי יש וצריך להתעלם מן האמת העובדתית כאשר נולדה מצוי באופן קונקרטי ומוחשי, למעשה ולא רק להלכה, שיקול ערכי אחר, כגון הקטין שלא ידבק בו פסול ולעומת זאת יזכה במזונותיו, או האישה שלא תהא עגונה. שמירתם של ערכי יסוד לצורך מקרה קונקרטי המצוי לפנינו עדיף על גילוי האמת. לא כן כאשר קיימת התנגשות בין טיפוח עקרונות וערכים מבחינה עיונית כללית – כגון הרתעת הציבור מלהערים על שלטונות מס ההכנסה – שאז עדיפה האמת שבהתחייבות שהצד קיבל על עצמו, קיומה וביצועה. רק במקרים שבהם נדרש פתרון קונקרטי למצוקה המצויה בפנינו, על השופט לדון דין אמת לאמתו, היינו להעדיף את האמת המשפטית על האמת העובדתית, את הלפנים משורת הדין על הדין.

לעומת מידת הצמצום שנוקט המשפט העברי בהעדפת שיקולי ערכים שונים על פני גילוי האמת כאשר מדובר בשמירה עיונית אבסטרקטית של ערכים אלה, נוהג הוא במידת ההרחבה בהעדפת שיקולי ערכים שונים על פני גילוי האמת כאשר מדובר ביישום קונקרטי של אותם ערכים לשם פתרון של בעיות המצויות לפני בית המשפט. דוגמה קלאסית לכך יכול לשמש, כאמור, אוונו פסק־דין של בית־הדין הרבני, שהכיר בפלוני בעת ובעונה אחת כאביה ולא כאביה של ילדה פלונית, מתוך העדפת השיקולים, הן של אי פסילת הילדה והן של סיפוק מזונותיה, על אף הסתירה החמורה, מיניה וביה, מבחינת האמת העובדתית; ודוגמאות רבות נוספות מאזויות לכך כדיני התרת העגונות וכיוצא באלה.²⁴⁸ וכן

247 ראה לעיל הטקסט ליד הערה 67, ובאמרו בהערה 67.

248 מאלפים הם דבריו של ר' חיים מוולוז'ין בתשובה בעניין התרתה של עגונה מסוימת. גדול בתורה אחר, שדן בשאלה, פסק להחמיר ולאסור על העגונה לינשא, ור' חיים מוולוז'ין פסק להתיר. מששאל אותו גדול בתורה, אשר לא שימש ברבנות, או ר' חיים, על שום מה הוא מקל כל־כך, שעה שלפני כן, בטרם התמנותו לרבנות, היה מקפיד יותר, משיב ר' חיים לאמור: "כבוד תורתו נוטה אל התומרא מחמת שאין הדבר מוטל עליו, ואף אני נמוהו לא פניתי אל צדדי ההיתרים העולים מתוך העיון טרם הועלה עלי עול ההוראה. והן עונה, שבעוונותינו הרבים בסביבותינו נתייתם הדור מחכמים, והעלו על צוארי עול ההוראה מכל הסביבה, שאינם מתירים בשום אופן בלתי הסכמת דעתי הקלה, והשבת עם קוני וראיתי חובה לעצמי, להתחזק בכל כוחי ולשקוד על תקנות עגונות" (שו"ת חוט המשולש, טור א, סימן ח).

רב הוא התחום של ענייני "לפנים משורת הדין" המוכרים במשפט העברי כחלק מן הדין. גם במערכת המשפט הכללית, יש ועניין של "לפנים משורת הדין", חלק הוא מן הדין – כגון הסעד מן הצדק שבחוק הגנת הדייר²⁴⁹ ודוגמאות נוספות שבהן מורה החוק לנהוג לפי מה שנראה כצודק,²⁵⁰ בתום לב²⁵¹ וכיוצא באלה. אך ספק גדול בענייני אם בית המשפט האזרחי היה מוכן לאמץ לעצמו פסיקה בדומה לפסיקה בעניין מעמדה האישי של הילדה וסיפוק מזונותיה.

(ב) השיקולים המשותפים למערכות משפטיות שונות

אך שוני זה, עניינו של שיעור ומידה הוא. לגופו של עניין ועיקרון בכל מערכת משפטית כאשר היא, מעצם טיבה ויעדיה, לא די בדין שהוא אמת אלא צריך שיהא אמת לאמתו, על כל הכלול בכיטוי רב משמעות ורב עצמה זה. ולכלל אמת לאמתו בא הדין מתוך שהשלום – שלומו של האדם, כבודו וטובתו, ושלומה של החברה, כבודה וטובתה – מהווה חלק בלתי נפרד הימנו, אחת מצלעות מהמשולש – דין, אמת ושלום, שניתן להשגה על-ידי הפשרה. אמנם כן, המערכת המשפטית משתדלת, כי כלליה, עקרונותיה ודיניה יהיו תואמים, ככל האפשר, את האמת שבמציאות, והרשות השיפוטית מיישמת את דרכי בירורה כדי להגיע במידה מרבית לחקר האמת העובדתית. אך כשמדובר על בירור האמת בעולמה של מערכת משפטית, אין כוונתנו אלא לבירור האמת במידה שניתן להגיע לחקרה על-פי הנורמות המהותיות והכללים הפרוצדורליים במערכת משפט מסוימת שבמסגרתה מתקיים הבירור המשפטי; ועל-פי נורמות וכללים אלה, לעתים אין המערכת המשפטית מעוניינת להגיע לאמת העובדתית, ולעתים יודעת היא את האמת העובדתית ומתעלמת הימנה ביודעין. וכשם שאין הכרח של זהות בין האמת המשפטית ובין האמת העובדתית, כך יכול שהאמת המשפטית אף לא תהא אמת משפטית "אמתית"; הכרעה שיפוטית של בית משפט מוסמך, אף אם ברור לכל בר בי רב ולכל תינוק של בית רבן שבטעות יסודה, עדיין אמת שיפוטית היא וכופין את ביצועה. ואין לך אמת שבעולם, בכל תחום מדעי או אנושי אחר, שיהא לו גיבוי חזק כל-כך כ"אמת המשפטית" שמקורה בנורמה משפטית של המחוקק או בהכרעה שיפוטית של בית המשפט. משנתגלית טעות עובדתית או עיונית באמת מדעית או מחקרית, הרי אמת זו נעלמת מאליה, היתה כלא היתה, ולכלל היותר דברי הערכה או הספד מעטים וקצרים ייאמרו אחריה; אך משנתגלית טעות עובדתית או משפטית באמת המשפטית, הרי אמת זו שרירה וקיימת, מערכת המשפט נותנת לה את כל גיבויה והיא לא תחדל להיות אמת משפטית עד אשר המערכת המשפטית תעשה מעשה, המוכר על-ידיה, לביטולה של האמת המשפטית המוטעית, וזאת אם על-ידי המחוקק ואם – במקרה של אמת משפטית שמקורה בהכרעה שיפוטית – גם על-ידי בית משפט אחר, בעל סמכות גבוהה יותר. ומתוך כך, אין

249 סעיף 132(א); וראה דיון מפורט על הוראה זו, על-פי המשפט העברי, בפסק-דין בע"א 417/79 מרכס נ' המר, פ"ד לו (2) 337, בעמ' 352; ובמשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 148.
250 ראה, דרך משל, סעיפים 4(3), 7(ב), 18(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ועוד.
251 סעיפים 12, 39 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, והוראות דומות במספר חוקים נוספים. ראה: ע"א 148/77 לוט' נ' ישופה, פ"ד לג (1) 617, עמ' 628 ואילך.

מנחם אלון

כל תמה שאמיתות משפטיות שונות, וזוהרות אחת את רעותה, חיות זו לצד זו, בשלום ובשלווה, כשכל ערכאה שיפוטית דגישה מאחד לאמת המשפטית שלה. ולא זו אף זו, באותו בית משפט עצמו, ולעניין אותו אדם עצמו – מבחינת מעמדה האישי של ילדה פלוגית אין הוא אביה-מולידה, אך מבחינת החיוב נמוגותיה של אותה ילדה הרי הוא אביה-מולידה. זהו ללא ספק אנדרוגינוס של אמת משפטית. למהדרין מן המהדרין.

אופיה זה של האמת המשפטית, והתוצאות והתופעות הנובעות מכך, אינן מרגינות ביותר לא רק בעיני האזרח מן השורה ובחחושתו של הדיוט שאינו משפטן, אשר אמון לראות באמת המשפטית, בייחוד זו שמקורה בהכרעה שיפוטית, התגלמות האמת האובייקטיבית-המציאותית, אלא אף דעתו של המשפטן, ואולי במיוחד של השופט היושב על מדין ומיישמה בחיי יום יום, אינה נוחה הימנה, וטורדת היא את עולמו ואת שלוות נפשו. אך אופיה זה של האמת המשפטית, טעמו ונימוקו עמו. המערכת המשפטית באה להסדיר את חיי החברה, לשרת אותה, לחנך אותה וקדוה ולדאוג לשלומה ולביטחונה. ביישומן של מטרות אלה, יש להביא בחשבון שיקולים רבים ומגוונים, שיש והם סותרים זה את זה, ואזי מתעורר הצורך להכריע ביניהן, ולקבוע לאיזה שיקול זכוח בגורה ועדיפות. שיקולים אלה כוללים ערכי יסוד, כגון חירות האדם וכבודו, קיום המדינה וניטתה, שמירת הסדר הציבורי ותקינותו, טובתם של קטינים ופגועים הזקוקים להגנת החברה. כיבוד יחסי אמון שכין בני אדם וכיוצא באלה, ובמכלול שיקולים אלה מצוי גם השיקול של חשיפת האמת העובדתית. אך שיקול גילוי האמת העובדתית הוא אחד השיקולים ולא השיקול המכריע, ולא פעם חשיבותו פחותה מחשיבותם של שיקולים אחרים. השגת הודאה של נאשם – לצורכי דיון משפטי והאשמתו – על-ידי שיטת אינקוויזיציה, אפילו אם זהוהודאה שתושג תהא על טהרת האמת, עלולה לסכן את משטר הערכים היהודי-הדמוקרטי כיסודו, ואם יסמוך בית המשפט על אמת זו כדי לדון דין אמת, נותן הוא ידו לכך שעה שהמערכת השיפוטית אינה קיימת אלא כדי להגן ולשמור על ערכים אלה. וכן הדבקת תו של ממזירות על אדם חמורה כל-כך היא בתוצאותיה, וסותרת את המטרה של הבטחת כבודו, שלומו וטובתו של האזרח, עד שיש להימנע מקביעתו של פסול זה גם על חשבון התעלמות מן האמת. השמירה על מטרות ועל ערכי יסוד שונים אלה מחייבת אפוא נקיטת מדיניות משפטית, שפירושה עשיית שלום בין הדין ובין האמת, עשיית פשרה בין הדין לאמת, או בתמצית – מוילנוח של דין אמת לאמתו, לפי משמעותו של מושג זה שעמדנו עליו במפורט בדברינו לעיל.

2. המציאות החברתית כגורם בדרכי האיזון

(א) במערכת המשפט העברי

(1) "על שלושה ושלושה דברים", בשו"ת מציאות חברתיות שונות

בתחילתם של דברינו על נוסח דבריו של הנשיא רבן שמעון בן גמליאל, ראינו כי על שלושה יסודות אלה – הדין, האמת והשלום – אמר רבן שמעון בן גמליאל כי המה ביסוד החברה כולה, ועליהם "העולם עומד", ולא יק המערכת המשפטית בלבד. מן הראוי לעיין קמעה במשמעות נוספת זו, ברקעה ובמטרתה.

נוסח זה – על שלושה דברים העולמו עומד – כבר מצוי הוא בדבריו של שמעון הצדיק, בתחילת אותו פרק שבמסכת אבות, שבו מובאים דבריו האמורים של רבן שמעון בן גמליאל:

הדין, האמת, השלום והמפירה

“שמעון הצדיק היה משיירי כנסת הגדולה. הוא היה אומר: על שלושה דברים העולם עומד: על התורה, ועל העבודה, ועל גמילות חסדים.”²⁵²

רבות נאמר ונדרש על התיאור השונה לשלושת העמודים שעליהם העולם עומד, בין זה של שמעון הצדיק ובין זה של רבן שמעון בן גמליאל: הדעת נותנת שיש לקרוא את שתי הנוסחאות על רקע התקופה ההיסטורית שבה נאמרו. שמעון הצדיק, הוא החכם הראשון שלאחר תקופת המקרא הידוע לנו בשמו, שימש ככהן גדול בימי הבית השני, וחי כמאתיים שנה לפני הספירה, לערך. וכבר הצביעו זכריה פראנקל ובן-ציון דינור על כך, שמאמרו של שמעון הצדיק בא לקבוע “עקרונות למלחמה נגד השפעתה של ההתיוונות על החברה הישראלית” בימיו. התורה – לימודה וקיומה; העבודה – היא העבודה בבית המקדש, עבודת ה' ועבודה בתפילה וברכות; וגמילות חסדים – מעשי חסד ומכלול היחסים שבין אדם לחברו.²⁵³

מאמרו של רבן שמעון בן גמליאל, נשיא ישראל ונשיא הסנהדרין, אביו של ר' יהודה הנשיא, עורכה של המשנה, נאמר לאחר חורבן הבית, במחציתה של המאה השנייה לספירה, כשלוש מאות וחמישים שנה לאחר ימיו של שמעון הצדיק, והוא מכונן כלפי המציאות ההיסטורית המשתנית והחדשה שבעולמה של הלכה. נעניין קמעה בטיבם ובמהותם של שינויים מופלגים אלה.

אחד מקווי האופי של ההלכה הקדומה, כפי שהיא מופיעה לפנינו, היא האנונימיות שבה ואחידותה, ועד ימי הזוג האחרון, שמאי והלל, הועמדו ההלכות השנויות במחלוקת על ארבעה דברים בלבד:²⁵⁴ “בראשונה לא היתה מחלוקת בישראל אלא על הסמיכה בלבד, ועמדו שמאי והלל ועשו אותן ארבע.”²⁵⁵ הסיבה לאחדות כמעט מוחלטת של ההלכה עד לתקופה זו מקורה בכך, שכל בעיה שנתעוררה הוכרעה בסופו של דבר במוסד השיפוטי המחוקק של העם, בסנהדרין, שהיתה בעלת סמכות וכושר הכרעה מלאים, ושימשה כערכאה עליונה ומכריעה. משום כך ההלכה של התקופה הקדומה מופיעה ברובה המכריע כהלכה אנונימית; ההלכה שנפסקה בסנהדרין על-פי רוב דעות, היתה הלכה סתמית של הסנהדרין כולה, ולא היה מקום – ולא היה צורך – להזכיר לא את שמותיהם של החכמים שהיו בדעת הרוב ולא של החכמים שנמנו על המיעוט.

(2) פלוראליזם למעשה בעולמה של הלכה; הבעיה ופתרונה

עם סיומה של תקופת הזוגות הולכים ומתרבים חילוקי הדעות בכל ענפיה ותחומיה של ההלכה. היו אלה חילוקי דעות בעניינים עקרוניים ובתחומים שונים של ההלכה, מחלוקות שהיו לא רק להלכה אלא אף למעשה, כשכל אסכולה נוהגת על-פי הכרעתה שלה. מפנה מהותי זה ברמותה של ההלכה, מקורו בהתערערות כושר ההכרעה של הסנהדרין ובירידת

252 שם, פרק א, משנה ב.

253 ב"צ דינור “למשמעותה של מסכת אבות כמקור היסטורי” צינן לה (חש"ל), עמ' 16-17, והערה 60, שם. וראה בהמשך דבריו של דינור, שם, עמ' 17-20, בקשר להסבר דבריהם של אנטיגנוס איש סוכו, יוסי בן יועזר ויוסי בן יוחנן, תלמידיו של שמעון הצדיק, על רקע אותה התנגדות להתיוונות וגוירותיה.

254 משנה, עדויות א, א-ג; בבלי, שבת, טו, א; ירושלמי, חגיגה, ב, ב.

255 ירושלמי, שם.

מנחם אלון

סמכותו של מוסד מרכזי זה מגדולתו. גורמים פוליטיים חיצוניים שונים שפעלו בארץ ביובל השנים האחרון שלפני חורבן הבית, וגורמים פנימיים -- התחזקותם של זרמים שונים ונוגדים בתוך היהדות (המחלוקת שבין הפרושים לצדוקים) וחילוקי דעות מהותיים בתוך היהדות הפרושית עצמה (חילוקי הדעות שבין שני הזרמים בהלכה, בית שמאי ובית הלל, שנמשכו זמן ניכר) -- כל אלה נטלו מתחום חיי ההלכה את הסמכות המכוונת והמוסדת ואת כושר ההכרעה, ורק לפרקים יוצאים מן הכלל הוכרעו עניינים בודדים השנויים במחלוקת. וכל כך למה? "משרבו תלמידי שמאי והלל גזלא שמשו כל צרכן",²⁵⁶ "רבו מחלוקת בישראל ונעשית תורה כשתי תורות..."²⁵⁷

מחלוקת אלה הביאו לעולמה של ההלכה תופעה של פלוראליזם בחיי המעשה, ותלמידי בית שמאי ותלמידי בית הלל "נחלקו לשתי כותות".²⁵⁸ ממקורות תלמודיים שונים אנו למדים, שחלק מן החכמים נהגו למעשה כבית שמאי,²⁵⁹ בעוד רבים אחרים נהגו כבית הלל.

כיצד פעל דירקיום זה של שני זרמים בתוך עולמה של ההלכה? בתחילה, כמשך תקופה מסוימת היה אפשר לעמוד בכך, אך מציאות זו של פלוראליזם למעשה בעולמה של ההלכה לא היתה לה עמידה. גבר החשש, שמשפחות לא יוכלו להתחתן זו בזו; תחילה ביקשו חכמים להסדיר את הדברים בדרך של תקנה, אך לא עלה הדבר בידם;²⁶⁰ המחלוקת שבין שמאי והלל גופם -- ובמשך תקופה מסוימת גם בין בית שמאי לבית הלל -- שמלכתחילה הובאה כמשל למחלוקת לשם שמים,²⁶¹ הפכה במשך הזמן למחלוקת מרה וקשה, עד שנעצו חרב בבית המדרש,²⁶² ועמדו תלמידי בית שמאי על נפשותיהם של תלמידי בית הלל,²⁶³ והיה יום שהיה קשה לישראל כיום שנעשה בו העגל,²⁶⁴ שהרגו בו איש באחיו. הפיצול בעולמה של ההלכה, ומתוך כך בעולמה של היהדות, הלך וגבר; ופיצול זה קשה היה שבעתיים באותה תקופה, תקופת גזירותיה של רומי וחורבן בית המקדש. המרכז ההלכתי הועתק ממקומו, חכמי ההלכה ובתי-דיניהם -- אלה שנותרו מן המלחמה -- נדרו ממקום למקום, ומבפנים איים הפילוג הרחני.

דור אחד אחרי החורבן -- בתחילת המאה השנייה -- עם התבססותו של המרכז החדש ביבנה בנשיאותו של רבן גמליאל השני וחזרה להלכה אתרותה בחיי המעשה. על כך מצויה בדינו שוב עדות היסטורית חשובה:

256 בירושלמי, סנהדרין, א, ו, הנוסח: "שלא שמשו רביהן כצורכן".

257 בבלי, סנהדרין, פח, ב; ירושלמי, שם; וראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 871-872, והערותיי שם.

258 ירושלמי, חגיגה, פרק ב, הלכה ב.

259 ראה, למשל: ר' טרפון (משנה, ברכות א, ג; תוספתא יבמות, א, י; בבלי, יבמות, טו, א); ר' אלעזר (ברכות, יא, א); ר' גמליאל (משנה, ביצה ו, ו); וכן היא מסקנת הבבלי, יבמות טז, א, שבית שמאי עשו כדבריהם.

260 תוספתא יבמות, א, ט-י, דברי ר' יוחנן בן נורי ורבן שמעון בן גמליאל; וראה רש"י לבבלי, יבמות, טו, א, ד"ה "מה נעשה". וכן ראה: יבמות, יז, ב, ג' סוף העמוד.

261 אבות ה, יז.

262 שבת, יז, א.

263 ירושלמי, שבת, פרק א, הלכה ד; וראה: בבלי, גיטין, לו, ב, תוספות ד"ה "אלא".

264 ירושלמי ובבלי, שבת, שם; תוספתא שבת, א, טז.

הדין, האמת, השלום והפשרה

משנכנסו חכמים בכרם ביבנה, אמרו: עתידה שעה שיהא אדם מבקש דבר מדברי תורה – ואינו מוצא, מדברי סופרים – ואינו מוצא, שנאמר (עמוס, ח, יא-יב): "הנה ימים באים נאם ה', והשלחתי רעב בארץ; לא רעב ללחם ולא צמא למים, כי אם לשמע את דברי ה'. ונעו מים עד ים ומצפון ועד מזרח ישוטטו, לבקש את דבר ה' ולא ימצאו..."²⁶⁵ שלא יהא דבר מדברי תורה דומה לחבירו. אמרו – נתחיל מהלל ומשמאי.²⁶⁵

היה הכרח לפסוק ולהכריע, מהי ההלכה שיש לנהוג לפיה בחיי המעשה; הכרעה זו היתה דרושה בראש ובראשונה כמחלוקת שבין בית הלל ובין בית שמאי – וביבנה "יצאת בת קול ואמרה: אלו ואלו דברי אלקים חיים – אבל הלכה כדברי בית הלל".²⁶⁶ עם הכרעה מוחלטת זו, שאין מערכת ההלכה יכולה לעמוד בפלוראליזם למעשה, נקבע גם העיקרון, שיש בהלכה פלוראליזם בדעות: לגופו של דבר, מבחינה עיונית – "אלו ואלו דברי אלהים חיים"; אך לצורכי המעשה – "מפני מה זכו בית הלל לקבוע הלכה כמותן? מפני שנוחים ועלובין (= סבלנין – רש"י) היו".²⁶⁷ תיאור דרמתי לסיימה של תקופת "הפלוראליזם למעשה" בעולמה של ההלכה מצאנו בדין ודברים בעניין תנורו של עכנאי בדברינו לעיל.²⁶⁸

כך נקבעה אותה שעה דמותה ועולמה של הלכה. מצד אחד – ההלכה זקוקה להכרעה ולאחדות בחיי המעשה, ומצד אחר – חיוני הוא לה ריבוי הדעות ואפשרויות הגישה השונות בעולם העיון והדיון; כפי שראינו, כאשר הוכרע שהלכה כבית הלל, נקבע באותה שעה, כי הגוונים השונים שבקשת הדעות ההלכתיות, כולם "אלו ואלו דברי אלקים חיים". תפיסת עולם כפולה זו – אחדות במעשה וריבוי בדעות – לא זו בלבד שאין בה משום סתירה, אלא אף יש בה כדי להביא לשלמות מיוחדת: מתוך ריבוי הדעות בעת העיון ההלכתי נוצרת ההכרעה הנכונה והאחידה לפתרונה של כל בעיה.²⁶⁹

רקע זה הוא ביסוד דבריו של רבן שמעון בן גמליאל, שנאמרו בדור שלאחר מכן, שהעולם עומד על הדין, האמת והשלום. חילוקי הדעות הלכו ורבו בבתי המדרש של ר' עקיבא ור' ישמעאל,²⁷⁰ וכדי להביא לכלל פסיקה, להלכה ולמעשה, שתכריע בחילוקי דעות אלה באופן שההכרעה תהא מאוזנת כראוי ותתקבל כהלכה פסוקה, מן הראוי ומן הדרוש היה לבסס פסיקתו של הדין, על האמת והשלום, על האמת שיש עמו ושיביא עמו שלום. זוהי פסיקה נוחה וסבלנית, כהגדרת פסיקתם של בית הלל, ובדרך זו עומד ומתבסס העולם, החברה ועולמה של הלכה.

265 תוספתא עדויות, א, א.

266 ירושלמי, ברכות, פרק א, הלכה ד; יבמות, פרק א, הלכה ו.

267 עירובין, יג, ב. וראה עוד: חגיגה, ג, ב; "בעלי אסופות, אלו תלמידי חכמים שיושבין... ועוסקין בתורה, הללו מטמאין והללו מטהרין... כולם ניתנו מרועה אחד"; ורש"י שם, ד"ה "כולן אל אחד אמרין". חיוב הפלוראליזם בדעות כנגד שלילת הפלוראליזם במעשה נקבע כעיקרון בדין זקן ממרא (משנה, סנהדרין יא, ב; לפי סדר הפרקים בבבלי שבפנינו: פו, ב); "חזר לעירו ושנה ולמד כדרך שהיה למד – פטור; ואם הורה לעשות – חייב, שנאמר 'והאיש אשר יעשה כדורן' (דברים יז, יב) אינו חייב עד שיראה לעשות".

268 ראה לעיל טקסט ליד הערות 100-102.

269 על אופיה זה של ההלכה והשפעתו על דרכי פסיקתה והקודיפיקציה שלה, ראה במפורט: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 870 ואילך, וההפניות בהערה 94, שם. וראה עוד בהערה הבאה.

270 ראה: המשפט העברי, לעיל הערה 44, עמ' 310-317.

מנחם אלון

(3) "ריבוי השלום" -- הגדרת הפלוראליזם בעולמה של הלכה כאמור, הפלוראליזם של עמדות וגישות שונות בעולמה העיוני של ההלכה כיסוד להכרעה ולפסיקה נכונה וראויה, שזה עתה עמנו עליו מתוך העיקרון של "אלו ואלו דברי אלקים חיים" שעליו הכריזה בת קול ביבנה, יסוד מוסד הוא בפתרון של הכרעות קשות והרות גורל, במציאת הסינתזה בין עקרונות יסוד וזוויכי השעה, בין יהודית ודמוקרטית וכיוצא באלה. ועמדנו על כך בפסיקה ובכתיבה ענפה ומטוענת.²⁷¹ מאלפת מאוד היא דרכו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק, הרב הראשי לארץ-ישראל ומגדולי הוגיה של הלכה וציונות, באופן הבעת עקרון יסוד זה של פלוראליזם בעולמנו ההלכתי, שקרוי הוא בפיו בשם: "ריבוי השלום". דברי הרב קוק נאמרו, ומשם נלקח עצם הביטוי, על דברים שהובאו בסיומה של מסכת ברכות.

אמר רבי אלעזר אמר רבי חנינא: תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם: שנאמר (ישעיה, נד, יג) "וכל בניך למודי ה' ורב שלום בניך": אל תקרי בניך אלא בוניך: שלום רב לאהבי תורתך ואין למו מכשול: יהי שלום בחילך שלוה בארמנותיך: למען אהי ורעי אדברה נא שלום כן: למען בית ה' אלקינו אבקשה טוב לך: ה' עז לעמו יתן, ה' יברך את עמו בשלום.²⁷²

ואלה דברי הרב קוק, ומפאת העניין המיוחד שבהם, נצטטם במילואם:

יש טועים שתושבים, שהשלום העולמי לא יבנה כי-אם ע"י צביון אחד בדיעות ותכונות, ואם כן כשרואים תלמידי חכמים חוקרים בחכמה ודעת תורה, וע"י המחקר מתרבים הצדדים והשיטות, חושבים שבזה הם גורמים למחלוקת והפך השלום. ובאמת אינו כן. כי השלום האמתי אי אפשר שיבוא לעולם כי-אם דוקא ע"י הערך של רבוי השלום. הרבוי של השלום הוא, שיתראו כל הצדדים וכל השיטות, ויתבררו איך כולם יש להם מקום, כל אחד לפי ערכו, מקומו וענינו. ואדרבא, גם הענינים הנראים כמיותרים או כמותרים, יראו כשמתגלה אמתת החכמה לכל צדדיה, שרק ע"י קיבוץ כל החלקים וכל הפרטים וכל הרעות הנראות שונות, וכל המקצועות החלוקים, דוקא על ידם יראה אוי' האמת והצדק, ודעת ד' יראתו ואהבתו, ואור תורת אמת.

על-כן תלמידי חכמים מרבים שלום, כי במה שהם מרחיבים ומבארים ומילדים דברי חכמה חדשים, בפנים מפנים שונים, שיש בהם רבוי וחילוק ענינים, בזה הם מרבים שלום, שנאמר וכל בניך למודי ד'.

כי כולם יכירו, שכולם, גם ההפכים נדרכיהם ושיטותיהם כפי הנראה, המה כולם למודי ד', ובכל אחת מהנה יש צד שתתגלה על ידו ידיעת ד' ואור אמתו. ורב שלום בניך. לא אמר גדול שלום בניך, שהיה מורה על ציור גוף אחד גדול, שאז היו הדברים מתאימים לאותו הרעיון המדומה, שהשלום הוא צריך דוקא

271 פרשת שמי, לעיל הערה 128, בעמ' 106-107 ומקורות נוספים המצוינים שם; מ' אלון, לעיל הערה 193, בעמ' 259-260.
272 ברכות, סד, א.

הדין, האמת, השלום והפשרה

לדברים אחדים ושיזוי רעיונות, שזה באמת מגרע כח החכמה והרחבת הדעת, כי אור הדעת צריך לצאת לכל צדדיו, לכל הפנים של אורה שיש בו; אבל הרבוי הוא רב שלום בנין, אל תקרי בנין, אלא בונין; כי הבנין יבנה מחלקים שונים, והאמת של אור העולם תבנה מצדדים שונים ומשיטות שונות, שאלו ואלו דברי אלקים חיים, מדרכי עבודה והדרכה והנוך שונים, שכל אחד תופס מקומו וערכו. ואין לאבד כל כשרון ושלמות כי אם להרחיבו ולמצא לו מקום, ואם תראה סתירה ממושג למושג, בזה תבנה החכמה ביתה.

וצריך לעיין בדברים, איך למצא את החוק הפנימי שבמושגים, שבוזה יתישרו הדברים ולא יהיו סותרים זה את זה, ורבו הדעות שבא ע"י השתנות הנפשות והנוכחים דוקא הוא המעשיר את החכמה והגורם הרחבתה, שלסוף יוכנו כל הדברים כראוי, ויזכר שאי אפשר היה לבנין השלום שיבנה כי אם ע"י כל אותן ההשפעות הנראות כמנצחות זו את זו.

יהי שלום בחילך. החיל, מקום החיל או הכחות העובדים, הם מתברכים בכרכת שלום. ומהו שלום? לא שיהיו כולם כח שוה, כי דוקא ע"י רבוי הכחות והתנגדותם תמצא פעולת החיים, אלא שערך ההבדל וההתנגדות נערך בערך מתאים, שכולם מובילים למטרה אחת, על כן נמצא שלום בארמנותיך, במקום הדרוש שקט ושלום, במרכז התכלית.

למען אחי ורעי. שלכולם יהי מקום לעבודה, עבודת שכל ועבודת נטיה ורגש. אדברה נא שלום בך. המצב של התאחדות הבא מקיבוץ כוחות ודעות נפורות, למען בית ד' אלהינו. התכלית הנרצית, הנקודה שכולם עובדים בעבורה, אבקשה טוב לך, הטוב הנאסף מתוך כלי השלום, שהוא מחזיק הברכה. ד' עוז לעמו יתן, יתן להם חיים מלאים עניין, שהוא העוז, וכשהחיים מלאים עניין מלאים הם צדדים רבים, ונבנים מהרכבות של כחות רבים, על כן זאת היא ברכת השלום האמתית הבאה מהעוז: ד' יברך את עמו בשלום.

וברכת השלום, הבאה עם העוז, היא השלום של התאחדות כל ההפכים; אבל צריך שימצאו הפכים, כדי שיהי' מי שיעבוד ומה שיתאחד, ואז הברכה ניכרת, ע"י הכת של: אלו ואלו דברי אלהים חיים.

ועל כן שלום הוא שמו של הקדוש ברוך הוא, שהוא בעל הכחות כולם, הכל יוכל וכוללם יחד, יהי שמו הגדול מבורך מן העולם עד העולם.²⁷³

השלום האמתי הוא ריבוי השלום. וריבוי השלום הוא ריבוי של דעות וגישות, כל אחד לפי ערכו, מקומו ועניינו, המה כולם לימודי השם. ואם נראית סתירה בין מושג למושג, צריך למצוא את החוק הפנימי שבמושגים, ואזי לא יהיו סותרים זה את זה. כי ריבוי הדעות הוא המעשיר את החכמה והוא הבונה את השלום. כי דווקא על-ידי ריבוי הכחות והתנגדותם תימצא פעולת החיים, שכולם מובילים למטרה אחת – "שלום בארמנותיך". "וברכת השלום, הבאה עם העוז, היא השלום של התאחדות כל ההפכים".

273 הרב א"י הכהן קוק *עולת דאיה* (חשמ"ה) של.

מנחם אלון

הפלוראליזם בדעות ובגישות, הוא העו והחוסן של המערכת, והוא יבנה את השלום בייצוב החברה ואחדותה.
דברים עמוקים ורבי משמעות ותוכן, וכל המוסיף אינו אלא גורע.

(4) מדרשם של חכמים: שיקולי האיזון בכריאת האדם לסיכום נעיין במדרש מופלא שדן הוא בעולמה של סוגייתנו – הדין והחסד, הצדק והאמת, ועל כולנה – השלום והפשרה, וניסיון האיזון ביניהם.

אמר רבי סימון: בשעה שבא הקדוש ברוך הוא לברוא את האדם הראשון, נעשו מלאכי השרת כיתים כיתים, וחבורות חבורות. מהם אומרים: אל ייברא, ומהם אומרים: ייברא. הדא (= זה) הוא דכתיב: "חסד ואמת נפגשו, צדק ושלום נשקרו" (תהלים, פה, יא).

חסד אומר ייברא – שהוא גומל חסדים; אמת אומר אל ייברא – שכולו שקרים; צדק אומר ייברא – שהוא עושה צדקית; שלום אומר לא ייברא – דכוליה (= שהוא כולו) קטטה.

מה עשה הקדוש ברוך הוא? נטל אמת והשליכה לארץ. הדא הוא דכתיב: "ותשלך אמת ארצה" (דניאל, ח, יב). אמרו מלאכי השרת לפני הקדוש ברוך הוא: רבון העולמים, מה אתה מבזה אלטינוסייה (= חותמך; שחותמו של הקב"ה אמת) שלך? תעלה אמת מן הארץ. הדא הוא דכתיב: "אמת מארץ תצמח" (תהלים, פה, יב).²⁷⁴

הקדוש-ברוך-הוא השליך את האמת ארצה, ובכך ניטלה הימנה האפשרות להתנגד בפמליה של מעלה לבריאתו של האדם. ובהתערבות מלאכי השרת – האמת הועלתה מן הארץ; ככל הנראה תלויה היא אי שם, בין השמים והארץ, וכל אחד ואחד, ובראש ובראשונה השופט היושב על מדין, צריך הוא לבור דרכו ושיפוטו בין האמת התלויה אי-שם ובין האמת לאמתה, הצומחת מן הארץ ובאה לספק את בעלי הדין וכלל החברה. ועל השופט להיות מודע שיש והאמת אינה בהישג ידו ובעשייתו. "כי עד צדק ישוב משפט" (תהלים, צד, יד); עד צדק – ייתכן; עד אמת – יש ולא ייתכן.

(ב) המערכת המשפטית במדינת ישראל

(1) שלום ולא שלמות; שלמות – תפיסה תאולוגית-משפטית "משפטה של מדינה שואף לשלמות. הוא מבקש להשיג קוהרנטיות נורמטיבית";²⁷⁵ אמירות אלה שגויות הן ובטעות יסודן.²⁷⁶ משפטה של מדינה שואף לשלום, ולא לשלמות. השלמות אינה נחלתו של שופט בשר ודם. שאיפתה של מערכת משפטית ושל אמנות

274 בראשית רבה, ח, ה (מהדורת תיאודור-אלבק, עמ' 60).

275 דברי השופט ברק; בג"ץ 1000/92 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח (2) 221, בעמ' 246.

276 ראה: מ' אלון "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן": ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", פורסם בספר: *רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית* (ספר היוכרן לאריאל רוזן צבי ז"ל) (תשנ"ח), עמ' 361-407.

הדין, האמת, השלום והפשרה

שיפוטית, צריך שתהא – הרמוניה חברתית ותרכותית. רעיון שלמות המשפט משתלב הוא יפה בתפיסה התאולוגית-המשפטית, שלפיה: "מלוא כל הארץ משפט";²⁷⁷ "חשיבה משפטית כוללת, הממלאת את היקום המשפטי שבו אנו חיים",²⁷⁸ "הכול שפוט", וכיוצא באלה.²⁷⁹ תפיסה זו, בנוסף לכך שתמוהה היא מאוד, עומדת בניגוד לתפיסת היסוד של דין, אמת, שלום ופשרה שעליהם העולם עומד והחברה קיימת. וכיחוד משמורכו בחברה כישראל כיום, שמשוסעת היא בחילוקי דעות נוקבים וקשים.

3. פלוראליזם שיפוטי – "ריבוי השלום"

דבריו וניסוחו של הנשיא רבן שמעון בן גמליאל, כי על שלושה דברים – הדין, האמת והשלום – העולם עומד וקיים, והנימוק להרחבה זו לעניין שלומה של החברה ותיקונו של עולם – ולא רק לעניין המערכת המשפטית – כפי שעמדנו על כך לעיל, כל אלה יפים ונכוחים הם גם למציאותה של חברתנו בימינו אנו. מבקשים אנו את הדין ואת האמת לאמתו, ומודעים אנו לכך כי "לאמתו" אין משמעו אמת מוחלטת אלא לפי המקום, הזמן, העניין וטבעו של עולם. מטרתם של הדין והאמת לאמתו גם יחד הוא – השלום, שיסודו והישגו בפשרה. ומשמדובר בתיקונה של חברה ובתיקונו של עולם – שלום משמעו לא רק עם שכנים מבחוץ, אלא – בראש ובראשונה – עם אחים שכנים מבפנים, קונסנסוס חברתי. ואף זאת למדנו דעת, כי תנאי מוקדם לקונסנסוס הוא הריבוי הלגיטימי של דעות שונות, העיקרון של "אלה ואלה דברי אלקים חיים", וההכרעה על-פי העיקרון של "ריבוי השלום", כהגדרתו המאלפת של הרב קוק, ודרך של פסיקה נוחה וסבלנית, כהגדרת פסיקתם של בית הלל, שהלכה כמותם.

מלאכת השיפוט אומנות קשה היא, קשה מאוד; אומנות ואמנות. ונעשית היא קשה יותר לאחרונה בשל שינויים מפליגים שחלו במערכת המשפט, ובמערכת השיפוט ביחוד. יותר ויותר נדרש השופט, וכיחוד המכהן בערכאה העליונה ובבית המשפט הגבוה לצדק, להיזקק לפירושים של ערכים, עקרונות-על, עקרונות יסוד, עקרונות השיטה, ועוד כינויים ושמות כהנה וכהנה. ובנוסף על כך, ואולי מתוך כך, נדרשים אנו לדון בבעיות של שפיטות, טיבה והיקפה; בענייני מעמד, גדרו ומעמדו; ביחסים שבין רשויות השלטון; ועל כולנה – בדרך פרשנותם של מכלול נושאים אלה שהמה מאשיות המשפט וחובקות זרועותיו. ובל נשכח, דרך-אגב, כי מצווים אנו גם – והייתי אומר בראש ובראשונה – להכריע ולפסוק בסתם דברי ריב שבין אדם לחברו וחברתו, בתחומים הבלתי נדלים שבמשפט האזרחי, הפלילי והמינהלי. ואף באלה, בנוסף על דרך ההכרה והפסיקה על-פי דבר החוק ותקדימי השפיטה כמקובל במערכת המשפטית מימים ימימה, נזקקים אנו לעקרונות-על ולעקרונות יסוד שלית אתר דפנוי מהם. שהרי מקובלנו שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד.

277 א' ברק "על השקפת עולם כדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 477.

278 א' ברק פרשנות כמשפט (תשנ"ד, כרך שלישי: "פרשנות חוקתית"), עמ' 78.

279 וראה: מ' אלון, לעיל הערה 193, עמ' 297-307, ביקורת מפורטת על תפיסתו של השופט ברק. וכן ראה, שם, עמ' 283-289.

מנחם אלון

גופה של מערכת המשפט זקוק הוא לנשמה, ויש אף לנשמה יתרה; נשמה זו תימצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות.²⁸⁰

מכאן, הצורך וההכרח בפלוראליים שישרור בין היושבים על מדין. תנאי חיוני למען פסיקת בית המשפט שתהא – כביטוינו של חכמינו – דין אמת לאמתו, שעל שופטיו יימנו בעלי גישות משפטיות שונות ותפיסות עולם ערכיות שונות, שיש ומתוך שדנים הם אלה עם אלה באים הם לכלל דעת רוב ודעת מיעוט. לשופט צריך שתהא אמת משלו, אמת שהוא דוגל בה ועומד עליה, לפי מיטב הבנתו המשפטית והשקפת עולמו, ומתוך חילוקי הדעות והפלוראליזם האינטלקטואלי תצא האמת לאמתה. לא תגורו מפני איש – איש גם שופט במשמע. אכן, יש והדברים העומדים להכרעה ברורים ופשוטים הם, והאמת היא אחת. אך לעתים קרובות – וכך הוא בראש ובאשונה כשמדובר בעקרונות-על ובעקרונות יסוד של המערכת המשפטית – שתי אמיתות מצויות בנושא, ויש שאף יותר מכך.

הפלוראליזם ערובה הוא להתפתחותה של המערכת המשפטית, לבל תהא קופאת על שמריה ולמען תאזין לצורכי השעה, זמנה השיבות נודעת לו בחברה כחברתנו, שהליך התגבשותה עדיין בעיצומו, וחילוקי דעות שבה נוקבים וחריפים בעמדות יסוד בתחום אמונות ודעות, הליכות עולם והליכות חברה, תרבות ואורח חיים, מדיניות וכלכלה. השיפוט לא ניתן למלאכי השרת; מסור הוא בידו שופט בשר ודם, ומן הנמנע להימנע מקיומו של קשר והשפעה חוזרת בין אישיותו של השופט, השקפת עולמו ודעותיו על החברה וערכיה, ובין מילוי תפקידו האובייקטיבי בשבתו על כס המשפט.

זאת ועוד. הולכת וגוברת פסיקה של בית המשפט העליון, בענפי משפט שונים, שמעוגנת היא – בחלק ניכר – בשאיבה מעקרונות היסוד של השיטה, שיש שפרשנותם משתנה – ואין זה אלא טבעי – לפי ערכי משפט והשקפות עולם מעולמו של השופט היושב על מדין. לכך יש להוסיף את התופעה בדבר הרחבת התערבות בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בנושאים מגוונים שונים, שלעתים בעלי רגישות רבה הם מבחינה מדינית וחברתית.

בעטיים של כל אלה, צורך רב ומיוחד יש בעיון ובביקורת, בזהירות הררושה, לפרקים ולזמנים. פלוראליזם זה חיוני והכרחי הוא במערכת הדמוקרטית של מטרנו.²⁸¹

4. הרמוניה חברתית והרמוניה תרבותית

בדברינו על מהותה וטיבה של המערכת המשפטית והשיפוטית, על הדין, על האמת המשפטית והאמת העובדתית, על דין אמת לאמתו, על הפלוראליזם ו"ריבוי השלום", על פסיקה נוחה וסבלנית, על רדיפת הצדק, השלום והפשרה, וכיוצא באלה, למען ההרמוניה החברתית, שאבנו מלוא חופניים, בדרך ההרמוניה התרבותית, מהמשפט העברי, האוצר הלאומי, העצום בהיקפו ובכמותו, והעמוק בתוכנו ובמקוריותו, שהיה משפט נוהג, חי ומתפתח במשך כל תקופותיו ותפוצותיו. מצווים אנו, על-פי הוראות חוקי היסוד, לעגן במשפט של מדינת ישראל את ערכיה כ"מדינה יהודית ודמוקרטית"; וערכיה של מדינה

280 ראה: ע"א 391/80 לסרטון 'שמן עובדים', פ"ד לח (2) 237, בעמ' 264.

281 וראה דברים שאמרתי בטקס הפרישה מנשיאת המשפט העליון: מ' אלון "בית המשפט העליון ופלורליזם שיפוטי" המשפט ב (תשנ"ה-1994) 219.

הדין, האמת, השלום והפשרה

יהודית כוללים, כפי שנפסק וחזר ונפסק בבית המשפט העליון, בראש ובראשונה, את אוצרות המשפט העברי.²⁸² במשמעותה ובמגמתה של הרמוניה תרבותית זו דנתי רבות. אחזור ואביא כאן משפטים אחדים שנאמרו עם פרישתי מבית המשפט העליון:

רואה אני בכך חשיבות למערכת המשפט העברי, שחוזרת ומופעלת היא – לאתר הפסקה קצרה מאז האמנסיפציה בסופה של המאה השמונה עשרה – בתוך מערכת משפטית חיה, פועלת ויוצרת, ומתוך כך היצירה וההתפתחות חזרו גם אליה. אך רבה הימנה, וגדולה הימנה, היא החשיבות למערכת המשפט של מדינת ישראל. כלל גדול הוא בתולדות תרבותה של אומה זו, שכל דור ודור מחדש ויוצר על-פי דרכו, לפי צרכי השעה והחברה. מכלול יצירה גדולה ועצומה זו – שימיה כשלושת אלפי שנה – הפכה לחלק מהותי של ההיסטוריה העברית ותרבותה, על שום שתקופותיה הרבות והשונות השתלבו זו בזו והמשיכו זו את זו. מערכת המשפט בישראל, שיש בה משום יצירה גדולה, חשובה ומאלפת, יכול ותשתלב אף היא כחלק מהמערכת המשפטית העברית-ההיסטורית, אם וכאשר תשכיל להכות שורשים בעבר, לפי צרכי ההווה, כשפניה לעתיד. תקוותי ותפילתי שאכן כך יהא וכך יימשך, באמנות שפיטתם של חבריי בגוף יוקרתי ונכבד זה, בית המשפט העליון במדינת ישראל.²⁸³

כך היה וכך יהיה אם וכאשר הדין, האמת, השלום והפשרה ישמשו ויופעלו כעמודי המשפט והחברה בישראל.

282 ראה לאחרונה: פרשת שפר, לעיל הערה 128, עמ' 105-107.

283 לעיל הערה 281, עמ' 221.
